

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 46 – Numéro 2

Année : 2016

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12120>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12120>

Page vide laissée intentionnellement.

REVUE DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 46 numéro 2

2016

TABLE DES MATIÈRES

Colloque « Les pandémies et le droit »

Introduction 251

Marie-Eve Couture Ménard et David Pavot

Crises sanitaires et responsabilité étatique envers la
collectivité 261

Lara Khoury

Conseil de sécurité et renforcement de la lutte contre les
pandémies en vertu du chapitre VII de la Charte des
Nations Unies..... 291

Vinc D. Okila

La santé publique, sous-légalisée au sein de l'Organisation
mondiale de la santé? Une exploration TWAIL d'une
apparence de technocratie 325

Sabrina Tremblay-Huet

10^e édition de l'Institut d'été de jurilinguistique

Note introductive..... 357

Anne-Sophie Hulin et Robert Leckey

Réflexions autour de la définition juridique en droit
d'auteur/copyright et en droit du patrimoine culturel 359

Marie Cornu

De la lettre à l'esprit. L'épopée de la jurilinguistique
canadienne 391

Jean-Claude Gémar

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : *INTRODUCTION*
LES PANDÉMIES ET LE DROIT : VERS UNE PLUS GRANDE SOLIDARITÉ?

Auteur(s) : Marie-Ève COUTURE MÉNARD, David PAVOT

Revue : *RDUS*, 2016, volume 46, numéro 2

Pages : **251-259**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

Page vide laissée intentionnellement.

INTRODUCTION

LES PANDÉMIES ET LE DROIT : VERS UNE PLUS GRANDE SOLIDARITÉ?

par Marie-Eve COUTURE MÉNARD*

David PAVOT**

Le colloque *Les pandémies et le droit* s'est tenu le 6 novembre 2015, soit un mois après la septième réunion du Comité d'urgence convoqué par le Directeur général de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) pour discuter de la flambée de la maladie à virus Ebola en Afrique de l'Ouest¹. Lors de cette réunion, le comité évoqua notamment la persistance de deux chaînes actives de transmission du virus en Guinée et en Sierra Leone, la résistance de certaines communautés aux activités de riposte, ainsi que les déplacements de cas et de contacts vers des zones exemptes d'Ebola menaçant les efforts d'interruption de la transmission du virus dans certaines régions. Il fit également part de sa préoccupation quant au fait que trente-quatre pays continuaient de promulguer des mesures considérées comme disproportionnées par rapport aux risques posés par l'épidémie. Donnant suite à l'avis du Comité d'urgence et conformément au *Règlement sanitaire international*², le Directeur général de l'OMS déclara que la flambée du virus Ebola constituait toujours une urgence de santé publique de portée internationale. Il publia donc une série de mesures temporaires destinées aux États, relativement à l'isolement des personnes malades et aux conditions et interdictions visant les voyageurs nationaux et internationaux.

*. Professeure agrégée, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

** . Docteur en droit international (Nice) et directeur du Bureau d'assistance juridique internationale de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. Organisation mondiale de la Santé (OMS), *Déclaration sur la septième réunion du Comité d'urgence du Règlement sanitaire international concernant la flambée de maladie à virus Ebola en Afrique de l'Ouest*, Déclaration de l'OMS, 5 octobre 2015, Centre des médias, en ligne : <http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2015/ihr-ebola-7th-meeting/fr/> (consulté le 2 avril 2016).
2. OMS, *Règlement sanitaire international (2005)*, 2^e édition, Genève 2008, art. 12, 15, 48-49.

Ainsi, véritable toile de fond du colloque, l'urgence sanitaire internationale causée par Ebola a confirmé l'extrême actualité des problématiques juridiques abordées par les conférenciers, qui ont su mettre en exergue le rôle du droit dans le contexte des pandémies. Il fut question de l'organisation et de l'étendue des pouvoirs publics aux niveaux interne et international, de la protection des droits des voyageurs et des personnes mises en quarantaine ou en isolement, de l'encadrement de la recherche biomédicale en contexte d'urgence et de droit de la responsabilité. Plus encore, l'urgence dépassait le seul cadre de la santé. En effet, quelques années auparavant, un rapport conjoint de l'ONU et de la Banque mondiale estimait le coût d'une pandémie de grippe aviaire à 3 000 milliards de dollars³. Ce chiffre visait uniquement les dépenses liées à la lutte contre la pandémie et ne prenait pas en compte les effets du ralentissement commercial, la réduction du nombre de voyages, le renforcement des contrôles aux frontières, etc. Dans une société toujours plus mondialisée, les conséquences financières d'une pandémie deviennent, année après année, de plus en plus importantes.

L'idée d'organiser un colloque en pleine crise de l'Ebola était aussi une raison pour se pencher sur la définition des pandémies. On doutait en effet de la qualification puisque l'un des critères est la propagation mondiale de l'épidémie⁴. Les foyers infectieux limités au continent africain semblaient exclure toute qualification. Pourtant, le risque de diffusion par les voyageurs se faisait de plus en plus insistant et les États ne tardèrent pas à adopter des mesures restrictives. En outre, une réflexion plus globale sur la notion semblait devoir émerger. Jusqu'à aujourd'hui, on a circonscrit le concept à la propagation de certains virus : peste, variole, grippe H1N1, etc. Pour autant, face à une définition vague

3. UN System Influenza Coordinator & The World Bank, *Responses to Avian Influenza and State of Pandemic Readiness*, 4th global report, octobre 2008, 105 p., en ligne : http://siteresources.worldbank.org/EXTAVIANFLU/Resources/3124440-172616490974/Fourth_Progress_Report_Oct_15.pdf (consulté le 5 août 2017).

4. OMS, « Qu'est-ce qu'une pandémie? », en ligne : http://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/fr/.

et contestée, et devant l'urgence sanitaire, certains militent pour une redéfinition tant géographique que notionnelle. Pourquoi exclure le virus Ebola de la définition? De la même manière, on pourrait considérer d'autres affections, telle l'obésité, comme devant entrer dans le concept. Bien qu'elles ne faisaient pas l'objet d'une contribution spécifique lors du colloque, ces interrogations ont irrigué longuement les débats. En outre, le nombre limité d'écrits – notamment francophones⁵ – sur la question, justifiait l'organisation d'un colloque dont les articles qui suivent sont le résultat des recherches menées par certains des conférenciers.

Au-delà des enjeux notionnels et substantiels et malgré la diversité des thématiques abordées, l'idée de solidarité a teinté tous les débats tenus lors du colloque. De fait, en raison de leur importance et de leur dangerosité, les pandémies sont nécessairement l'affaire de plusieurs, voire de tous, de sorte qu'il existe inévitablement un « Autre »⁶, soit un autre individu ou un autre État, qui prend tantôt la forme d'une menace à gérer, tantôt celle d'une aide à mobiliser, de là l'interdépendance des États et des individus face aux pandémies et la nécessité d'une solidarité entre eux. Comme l'écrit Parmentier :

(...) infectious epidemics show that the health of an individual depends, to a great degree, on the health of others. (...) Likewise, humanity has long understood that an individual's ability to protect him or herself from disease was limited. An individual's risk of becoming ill depended

-
5. Quelques exceptions sont tout de même notables : Maurice TORELLI, « Le Sida : une pandémie » 95 (1991) *RGDIP* 93; Valérie PARISOT, « La pandémie du Sida vue sous l'angle d'un droit des catastrophes », dans D. D. CARON, Ch. LEBEN (dir.), *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles*, Coll. Travaux de l'Académie de Droit International de La Haye, Martinus Nijhoff, La Haye, 2001, pp. 249-287; Sandrine MALJEAN-DUBOIS, R. MEHDI (dir.), *La société internationale face aux grandes pandémies*, Bruylant, Bruxelles, 222 p.; G. BLOUIN GENEST, « Risques sanitaires et crises politiques au Canada : la pandémie de H1N1, les politiques de santé publique au Canada et la gouvernance globale en santé », 44 (2013) *Études internationales* 197.
 6. François VIALLA qui, lors de sa conférence, a utilisé à plusieurs reprises l'expression l'« Autre ».

in uncertain ways on steps that the community took and the environment and conditions in which the individual lived. Indeed, human experience with infectious diseases has long made clear the importance of collective action in preserving and protecting the health of populations⁷.

Valeur phare de la santé publique⁸, la solidarité est fondamentalement ancrée dans la définition même de ce qu'elle constitue : « public health is what we, as a society, do collectively to assure the conditions for people to be healthy »⁹. Cette définition met l'accent sur une obligation mutuelle et partagée reposant sur la coopération, ainsi que sur celle d'une responsabilité collective, assurée notamment par les gouvernements et les communautés¹⁰.

La solidarité est à double sens. Elle renvoie, d'une part, à la solidarité de la collectivité envers les individus et les groupes vulnérables, défavorisés et/ou marginalisés. Elle est alors étroitement associée à la responsabilité paternaliste de l'État¹¹, c'est-à-dire le devoir d'intervention que l'État se voit attribuer par les citoyens pour protéger la santé comme bien commun¹². L'État, agissant au nom de la collectivité, exprime ainsi un « sentiment d'empathie » à l'égard des souffrances vécues par certains et un « engagement à leur porter assistance »¹³. D'autre part, elle s'entend de la solidarité des individus envers la collectivité et, de façon plus

7. Wendy E. PARMET, *Populations, Public Health, and the Law*, Washington, D.C., Georgetown University Press, 2008, p. 11.

8. Raymond MASSE, *Éthique et santé publique – Enjeux, valeurs et normativité*, Saint-Nicolas (Québec), Les Presses de l'Université Laval, 2003, p. 126.

9. Définition influente donnée par l'Institute of Medicine. Institute of Medicine, Committee for the Study of the Future of Public Health, Division of Health Care Services, *The Future of the Public Health*, Washington, D.C., National Academy Press, 1988, p. 19.

10. Lawrence O. GOSTIN, « The Core Values of Public Health Law and Ethics », dans Nola M. RIES, Tracey M. BAILEY et Timothy CAULFIELD, *Public Health Law and Policy in Canada*, 3^e ed., Markham (Ontario), LexisNexis, 2013, p. vi.

11. Raymond MASSE, *Éthique et santé publique – Enjeux, valeurs et normativité*, Saint-Nicolas (Québec), Les Presses de l'Université Laval, 2003, p. 126.

12. *Id.*, p. 128.

13. *Id.*, p. 141.

particulière, envers les normes « définies, acceptées et promues » par cette dernière¹⁴. Cette solidarité citoyenne sous-tend un accord des citoyens à sacrifier une partie de leur autonomie et de leurs intérêts privés pour le bien commun. Telles sont, par exemple, les mesures de quarantaine.

Plus que jamais, à l'ère de la mondialisation, la solidarité en santé publique ne s'entend pas seulement d'une voie à double sens (individu-collectivité) au sein d'une même nation, mais d'une valeur qui s'impose au niveau international. Gostin évoque ainsi l'idée de « global solidarity », laquelle « demands equal partnerships where all actors – domestic and international – do their fair share to assure the conditions for people everywhere to be healthy and safe. »¹⁵ Dès lors, la santé ne se limite pas non plus à un bien commun national, mais s'entend aussi d'un bien commun planétaire pour lequel nous sommes tous solidaires. Aussi, bien qu'il considère qu'un État a d'abord une responsabilité envers la santé de ses habitants, Gostin avance ceci : « States' duties are not limited to caring for their own people, but also extend to fostering a functioning, interdependant global community in which mutual survival is a matter of common concern. »¹⁶ Ainsi se dessine une troisième forme d'expression de la solidarité en santé publique, entre les collectivités. Au cours des dernières décennies, l'émergence de nouvelles maladies infectieuses (ex. SRAS), la résurgence d'anciennes maladies infectieuses (ex. dengue) et l'augmentation de l'incidence de maladies infectieuses connues en raison de la résistance antibactérienne (ex. tuberculose), nous rappellent régulièrement que la menace d'une pandémie est constante et que nul pays ni individu n'en est à l'abri et ne peut agir seul contre celle-ci¹⁷.

14. *Id.*

15. Lawrence O. GOSTIN, *Global Health Law*, Cambridge (Massachusetts) & London (England), Harvard University Press, 2014, p. xiii.

16. *Id.*, p. 25 et 27.

17. *Id.*, p. 32, 35, 37-38.

Face à l'importance du volontarisme étatique¹⁸ et du respect de la souveraineté de l'État, évoquer un droit international solidaire pourrait paraître saugrenue. Or, la solidarité est inhérente à l'existence de la communauté internationale dont il est aujourd'hui difficile de contester l'existence. Pour autant, la solidarité, en droit international, ne se laisse pas appréhender aisément tant elle est « plus facile à percevoir qu'à définir »¹⁹. En effet, on peut distinguer, notamment dans le domaine de la santé l'existence d'une responsabilité collective, d'un lien social de dépendance entre les sujets du droit international les amenant à agir en cas de grave crise comme une pandémie. Bien que, moralement, elle doit être le vecteur de l'action face à de tels dangers, la solidarité, concept largement polymorphe²⁰ n'est pas toujours systématique et s'avère bien souvent floue; elle apparaît largement comme un idéal sous-jacent, parfois dépassé par des considérations d'opportunité.

Déjà en 1926, la pandémie de grippe espagnole avait amené les représentants des États parties à la Conférence sanitaire internationale de Paris à appeler davantage de coopération internationale²¹. Or, il faudra attendre la fin de la Seconde Guerre mondiale pour assister à une institutionnalisation sérieuse de la solidarité sanitaire avec la création, en 1948, de l'Organisation mondiale de la santé (OMS). Des coopérations plus modestes avaient été mises en œuvre dès 1907 avec la création de l'Office international d'hygiène publique. Toutefois, devant le refus des États-Unis d'intégrer l'Office au sein de la SDN, deux autres instances furent créées : l'Organisation d'hygiène de la SDN et

-
18. Cette importance a été très tôt affirmée : CPJI, 7 septembre 1927, *Lotus*, série A, n° 10, p. 18 « Les règles de droit liant les États procèdent de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes en vue de la poursuite de buts communs ».
19. F. BOLOT, « Contribution à une réflexion sur le principe de solidarité en droit des gens », (2000) 1 *La Tribune du droit public* 5.
20. Marie BOURICHE, *Les instruments de solidarité en droit international public*, Connaissances et Savoirs, Paris, 2012, pp. 11-68.
21. Makane Moïse MBENGUE, « Public health, international cooperation », (2010) *MPEPIL* 2.

l'Organisation sanitaire panaméricaine. Ce morcellement traduisait l'incapacité des États à s'entendre sur une vision commune de la santé, donnant lieu ainsi à de modestes résultats quant au développement de la solidarité internationale. Afin d'encourager la collaboration internationale en matière sanitaire, les membres de l'OMS ont adopté en 1969 le *Règlement sanitaire international*²², qui a fait l'objet d'une révision profonde en 2005²³ et demeure imprégné par la volonté de favoriser la solidarité entre États. Celle-ci est néanmoins soumise à leur bon vouloir, malgré les enjeux de plus en plus importants en matière de santé.

L'absence de moyens coercitifs en droit international de la santé a déplacé le champ de mise en œuvre de la solidarité internationale. Par exemple, sans jamais le considérer comme une pandémie, le Conseil de sécurité s'est, à diverses reprises, inquiété de ce qu'il a qualifié d'« épidémie de VIH/SIDA » en la considérant comme une menace à la paix²⁴. Il a récidivé avec Ébola en adoptant une résolution le 18 septembre 2014²⁵. Cependant, les pouvoirs du Conseil en matière de maintien de la paix ne lui permette que d'agir bien modestement face à de tels phénomènes. Évidemment, il peut toujours requérir des États membres qu'ils envoient des forces de maintien de la paix mais ceux-ci sont libres de le faire, et les soldats ne sont pas nécessairement les mieux outillés pour répondre à de telles crises. Dans ce cadre, le Conseil s'affirme donc davantage comme le leader du « pilotage de la gouvernance globale »²⁶ que comme le réel coordonnateur d'une réponse efficiente. Les lacunes de la gouvernance sanitaire décentrent donc les enjeux sur le terrain de la sécurité collective mais rencontrent les mêmes difficultés : la solidarité sanitaire est laissée au bon vouloir des

22. OMS, *Règlement sanitaire international*, Genève, 1969.

23. OMS, *Règlement sanitaire international* (2005), 2^e édition, Genève 2008, art. 12, 15, 48-49.

24. CS, Res. 1983 (2011) adoptée le 7 juin 2011, S/RES/1983(2011).

25. CS, Res. 2176 (2014) adoptée le 18 septembre 2014, S/RES/2176 (2014).

26. Louis BALMOND, « Le Conseil de sécurité et la crise d'Ebola: entre gestion de la paix et pilotage de la gouvernance globale », 10 (2014) QIL Zoom-in 5.

États, s'inscrivant ainsi dans la tradition volontariste du droit international.

Bien souvent dénoncé comme un frein à la sécurité sanitaire, le système des droits de propriété intellectuelle a lui aussi été amendé pour tenter de répondre aux grandes problématiques soulevées par des pandémies. La Déclaration sur les ADPIC et la santé publique, adoptée à Doha en 2001, avait tracé le sillon d'une dérogation aux droits de propriété intellectuelle reconnue par le Conseil général de l'OMC en 2003²⁷. En 2007, la Thaïlande avait tenté d'invoquer cette dérogation, suscitant plusieurs oppositions principalement européennes et américaines, faisant douter de la viabilité du système²⁸. En octobre de la même année pourtant, le Canada autorisait un fabricant de génériques à exporter un médicament breveté au Rwanda afin d'apporter de l'aide dans la lutte contre le VIH/SIDA²⁹. Malheureusement, cette expérience fut unique puisqu'aucun autre cas d'usage de la dérogation n'est connu à ce jour, laissant certains affirmer qu'il s'agit, de manière caustique, d'un « outil emblématique de la protection internationale de la santé publique au Sud »³⁰. En effet, et bien que cette décision soit devenue un amendement à l'accord sur les ADPIC en 2017³¹, l'effet demeure le même et l'intérêt pour les pays du Sud très limité.

27. Organisation mondiale du commerce, « ADPIC et santé publique », en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/pharmpatent_f.htm (consulté le 23 janvier 2017).

28. Tove Iren S. GERHARDSEN, « La Thaïlande présente un rapport sur son expérience des licences obligatoires », Intellectual Property Watch, 21 mars 2007, en ligne : <https://www.ip-watch.org/2007/03/21/la-thaïlande-presente-un-rapport-sur-son-experience-des-licences-obligatoires/>.

29. John W. BOSCARIOL, Anita NADOR et al., « Le Canada est le premier pays à accorder une licence obligatoire pour l'exportation d'un médicament générique sous l'égide de l'OMC », 12 octobre 2007, en ligne : http://www.mccarthy.ca/fr/article_detail.aspx?id=3712.

30. Samira GUENNIF, « La licence obligatoire : outil emblématique de la protection de la santé publique au Sud », *Revue de la régulation*, 1er semestre 2015, en ligne : <http://regulation.revues.org/11248>.

31. Organisation mondiale du commerce, « Modification des règles de l'OMC en matière de propriété intellectuelle afin de faciliter l'accès des pays pauvres à des médicaments », 23 janvier 2017, en ligne : https://www.wto.org/french/news_f/news17_f/trip_23jan17_f.htm.

Le droit international est donc davantage traversé par des solidarités imparfaites, semblant relever davantage de l'opportunité que d'une réelle communauté. En moins d'un siècle toutefois, il a considérablement évolué et on constate, à l'évidence, l'émergence de celle-ci même si on ne peut conclure à l'existence d'une véritable « sécurité sanitaire collective »³².

La solidarité en temps de pandémie reste à parfaire et le chemin vers une communauté effective de gestion du risque sanitaire n'est pas encore totalement abouti. À cet égard, le colloque aura permis de mettre au jour différentes manières dont le droit interne et international favorise ou mine la solidarité dans la prévention et la réponse aux pandémies.

32. Hélène de POOTER, « Le droit international face aux pandémies : vers un système de sécurité sanitaire collective? », Paris, Pedone, 2015, 562 p.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : CRISES SANITAIRES ET RESPONSABILITÉ ÉTATIQUE ENVERS LA COLLECTIVITÉ

Auteur(s) : Lara KHOURY

Revue : RDUS, 2016, volume 46, numéro 2

Pages : 261-289

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12117>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12117>

Page vide laissée intentionnellement.

CRISES SANITAIRES ET RESPONSABILITÉ ÉTATIQUE ENVERS LA COLLECTIVITÉ

par Lara KHOURY*

La crise ontarienne du SRAS a mis à l'avant-plan la responsabilité juridique de l'État dans la gestion des crises de santé publique à la lumière de ses multiples autres priorités sanitaires. Pourtant, dans le cadre d'actions collectives fondées sur la responsabilité civile intentées par des patients et professionnels de la santé ayant souffert des conséquences de cette crise, les tribunaux font preuve de déférence quant à la hiérarchie des priorités établies, à tort ou à raison, par l'État. Ce constat n'étonne pas. Les tribunaux de common law hésitent à reconnaître un devoir de diligence de la part de l'État envers des groupes de citoyens particuliers. Ils veulent ainsi prioriser la poursuite de l'intérêt collectif par les pouvoirs publics et la protection de l'autonomie exécutive et parlementaire dans la gestion de priorités conflictuelles en santé. Des considérations similaires influencent les tribunaux québécois lorsqu'ils envisagent la sauvegarde de cette autonomie par le biais de l'immunité protégeant partiellement l'État. Le présent texte vise à démontrer le faible taux de succès de l'action judiciaire collective contre l'État en santé publique, et à réfléchir à la lumière de ce constat aux doutes qu'il engendre quant au rôle que joue l'imputabilité juridique de l'État dans une gestion efficace des crises sanitaires.

The SARS crisis in Ontario has brought to the forefront the legal responsibility of the state in the management of public health crises, in light of its many other health priorities. Yet, in the context of civil liability class actions undertaken by patients and health care professionals who have suffered the consequences of this event, courts have shown deference to the hierarchy of priorities set, rightly or wrongly, by the state. This observation is not surprising. Common law courts are reluctant to recognize a duty of care on the part of the state towards particular groups of citizens. They want to prioritize the pursuit of the collective interest by public authorities and the protection of executive and parliamentary autonomy in the management of conflicting priorities in health. Similar considerations influence Quebec courts when they seek to safeguard this autonomy by means of an immunity that partially protects the state against liability. The purpose of this paper is to point out the low success rate of class actions against the state relating to public health and to reflect, in light of this finding, on the doubts it raised regarding the role that the accountability of the state plays in the effective management of health crises.

*. Professeure agrégée, codirectrice du Groupe de recherche en santé et droit, Faculté de droit, Université McGill, et membre associée de l'*Institute for Health and Social Policy*. Ce texte est inspiré d'une présentation faite dans le cadre du Colloque *Les pandémies et le droit*, tenu à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, le 6 novembre 2015. La recherche est à jour au 15 mars 2016.

SOMMAIRE

INTRODUCTION :

L'ÉTAT PROTECTEUR DE LA SANTÉ	263
--------------------------------------------	------------

I. PORTRAIT QUANTITATIF DES ACTIONS COLLECTIVES EN SANTÉ PUBLIQUE CONTRE L'ÉTAT	267
--------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

II. EMBÛCHES RENCONTRÉES DANS LA GOUVERNANCE JUDICIAIRE DE L'ACTION ÉTATIQUE.....	271
A. Déférence envers la hiérarchie des priorités et protection de l'autonomie exécutive	271
B. Priorisation de l'intérêt collectif	275
C. Parallèles avec les actions collectives contre les établissements hospitaliers	281

CONCLUSION	285
-------------------------	------------

INTRODUCTION :**L'ÉTAT PROTECTEUR DE LA SANTÉ**

La crise ontarienne du SRAS en 2002 et 2003 a mis à l'avant-plan la question de la responsabilité juridique de l'État dans la gestion des crises de santé publique, en particulier lors de la propagation de maladies infectieuses. Elle a également permis de se questionner sur l'effet de l'imputabilité judiciaire de droit privé dans des situations où l'État doit, certes, réagir à une crise sanitaire, mais aussi gérer de multiples autres priorités de santé. Dans le cadre d'actions collectives fondées sur la responsabilité civile intentées par des patients et professionnels de la santé ayant souffert des conséquences de la crise du SRAS, les tribunaux de common law canadienne font preuve de déférence quant à la hiérarchie des priorités établies, à tort ou à raison, par l'État. Les tribunaux québécois se penchant sur la responsabilité étatique dans le domaine de la santé, pour leur part, se retirent derrière le rideau de l'immunité dont bénéficient les pouvoirs publics lorsqu'ils exercent leurs pouvoirs politiques. Bien que pour des raisons différentes, une mise en retrait judiciaire similaire s'observe dans certaines actions collectives intentées en common law contre les établissements de santé dans des contextes d'éclosion de maladies infectieuses. Le présent texte soulève la question de la responsabilité de l'État envers la collectivité en cas de crise sanitaire et plus particulièrement lorsque ces crises sont causées par la propagation de maladies infectieuses. Parce que cette question précise n'a été que très peu abordée en jurisprudence, nous entreprenons une étude jurisprudentielle plus englobante qui démontre le faible taux de succès de l'action judiciaire collective en santé publique contre l'État. Ce constat ouvre la porte à une

discussion du rôle que peut jouer l'imputabilité juridique de l'État dans l'exhortation à une gestion efficace des crises sanitaires.

La protection de la santé publique étant d'abord, dans son entendement classique, affaire de droit public, l'État y joue un rôle prédominant. La liste des responsabilités statutaires de l'État en matière de prévention et de contrôle des infections est d'ailleurs longue et les gouvernements fédéral et provinciaux endossent une variété de rôles et de devoirs en la matière. La formulation de ces rôles et devoirs dans la législation a une importante incidence sur la responsabilité de l'État, comme on le verra. À titre d'exemple, les responsabilités législatives de l'État québécois en matière infectieuse incluent la collecte de renseignements au sujet des maladies à déclaration obligatoire, la surveillance et la vigie sanitaire, la tenue d'enquêtes socio sanitaires, et le signalement des menaces¹. La province est aussi responsable des interventions en cas de menace à la santé de la population², de la prise de mesures pour le maintien et l'amélioration de la santé (prévention, promotion, et protection) et du traitement et de la prophylaxie, incluant l'isolement obligatoire³. Elle se charge en outre des déclarations d'urgence sanitaire et des mesures à prendre dans de tels cas, des enquêtes épidémiologiques, de l'établissement et de la mise en œuvre de plans d'intervention pour le contrôle de vecteurs tels que dans le cas du virus du Nil occidental⁴. Enfin, elle gère le fonds québécois d'indemnisation des victimes de la vaccination⁵.

À l'échelle fédérale, les responsabilités statutaires incluent, par le biais de l'Agence de la santé publique du Canada (ASPC)⁶ : la

-
1. *Règlement d'application de la Loi sur la santé publique*, RLRQ, c. S-2.2, r. 1; *Loi sur la santé publique*, RLRQ, c. S-2.2.
 2. Une menace à la santé de la population signifie la « présence au sein de celle-ci d'un agent biologique, chimique ou physique susceptible de causer une épidémie si la présence de cet agent n'est pas contrôlée » : *Loi sur la santé publique*, *id.*, art. 2.
 3. *Id.*
 4. *Id.*
 5. *Id.*, art. 70-78.
 6. *Loi sur l'Agence de la santé publique du Canada*, L.C. 2006, c. 5.

protection et la promotion de la santé⁷, l'évaluation et la surveillance de l'état de santé de la population, la prévention des maladies et la préparation à l'intervention en cas d'urgence sanitaire⁸. Toujours par l'entremise de l'ASPC, l'État fédéral se charge d'encourager la collaboration dans le domaine de la santé publique et de coordonner les politiques et les programmes de l'administration publique fédérale en matière de santé publique⁹; de favoriser dans le domaine de la santé publique la consultation et la coopération avec les gouvernements provinciaux et territoriaux; et d'encourager la coopération avec les gouvernements étrangers, les organisations internationales et les autres organismes et personnes intéressés¹⁰. Enfin, le ministre fédéral de la Santé est responsable de la mise en quarantaine pour contrer les maladies épidémiques¹¹.

L'État a donc de multiples devoirs en matière de protection de la santé des populations, incluant la prévention, la gestion et le contrôle des maladies infectieuses. Ce sont les échecs dans ce dernier domaine, et la responsabilité y afférente, qui font l'objet du présent texte. Cependant, l'analyse entreprend également des incursions dans les litiges en responsabilité contre l'État dans le domaine de la santé publique en général. Le traitement de la responsabilité étatique découlant de l'exercice des pouvoirs publics en santé permet de saisir l'ampleur actuelle des efforts vains de recherche d'imputabilité judiciaire pour la fonction exécutive. Les reproches adressés à l'État dans cette jurisprudence incluent son inaction ou son omission de régler¹², et son défaut de mettre

7. Voir aussi la *Loi sur le ministère de la Santé*, L.C. 1996, c. 8, art. 4(1).

8. *Loi sur l'Agence de la santé publique du Canada*, préc., note 6, préambule.

9. *Id.*

10. *Id.*

11. *Loi sur la mise en quarantaine*, L.C. 2005, c. 20. Nous omettons dans cette énumération les responsabilités fédérales en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. 1985, c. F-27, qui contient des dispositions très spécifiques dont la pertinence est plus périphérique.

12. Par exemple, dans *Tonnelier c. Québec (Procureur général)*, 2012 QCCA 1654, on invoquait l'omission d'adopter des mesures de contrôle de qualité pour le test de dépistage du cancer du sein alors que les méthodes utilisées étaient, à la connaissance de la province, inadéquates.

en œuvre la réglementation ou sa négligence dans cette mise en œuvre. Les retards ou la négligence dans la prise en charge de problématiques de santé sont également mis en cause¹³. Enfin, des recours se plaignent des décisions préjudiciables de l'État en matière de financement et d'allocation des ressources¹⁴.

Parce qu'elle montre les difficultés à entreprendre une action judiciaire collective contre l'État, l'analyse entreprise mène nécessairement à un questionnement quant au rôle que joue l'imputabilité juridique de l'État dans la gestion efficace des crises sanitaires. Ironiquement, on verra que les raisons principales invoquées pour protéger l'État contre une telle imputabilité trouvent leur source dans des facteurs favorables, en principe, à l'atteinte d'objectifs de protection de la santé. La jurisprudence reconnaît d'abord la compétence particulière des pouvoirs exécutifs en matière de gestion de la santé, par rapport à celle du judiciaire. Dans un deuxième temps, elle exprime le désir de ne pas freiner l'exercice de cette expertise et insiste sur l'importance de l'indépendance constitutionnelle dont bénéficie le décideur public à titre de représentant du citoyen dont la santé est en jeu. Enfin, les décisions judiciaires font appel à la centralité de l'intérêt collectif, composé d'un prisme d'intérêts divers et divergents, qui pourrait se trouver menacé par la reconnaissance de devoirs privés. Quant aux autres embûches, elles ne sont pas typiques à la responsabilité étatique et sans lien direct avec les objectifs de protection de la santé. Elles ont plutôt trait aux hésitations de la common law envers le préjudice moral et le « risque » de préjudice, et à des

13. Par exemple, *Cilinger c. Québec (Procureur général)*, [2004] R.J.Q. 2943 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée : (C.S. Can., 2005-07-14) 30703) concernait des temps d'attentes jugés trop longs entre les chirurgies de patientes atteintes de cancer du sein et des traitements par radiothérapie. Ces retards étaient causés, alléguait-on, par la politique de déficit zéro imposée par le gouvernement aux établissements de santé.

14. *Id.*

problématiques procédurales associées à l'action collective, par ailleurs si importante en cas de dommage à large échelle.

Puisqu'il traite d'imputabilité juridique, le texte porte essentiellement sur l'étude des décisions judiciaires. De plus, ce texte étant focalisé sur la responsabilité de droit privé de l'État, il aura tendance à aborder les réponses des pouvoirs publics aux épidémies, voire aux simples éclosions, plutôt qu'aux catastrophes pandémiques. Toutefois, dans la mesure où une pandémie crée des problèmes internes à un territoire, la discussion est assurément pertinente. Ce texte démontrera le peu d'imputabilité qu'a l'État dans sa gestion des crises sanitaires, du moins par le biais des règles de droit privé. Pour ce faire, il brosse d'abord un portrait quantitatif des actions collectives entreprises contre l'État en matière de santé publique au Québec et dans le reste du Canada (I), puis se penche sur les nombreuses embûches rencontrées dans la gouvernance judiciaire de l'action étatique (II), pour conclure avec certaines questions et observations. Nous nous intéresserons particulièrement aux actions collectives intentées contre l'État en matière de gestion des maladies infectieuses afin d'englober à la fois les situations d'épidémie et de pandémie, ainsi que la dimension collective des problématiques de santé publique envisagées. Certaines poursuites individuelles d'un intérêt particulier seront toutefois prises en compte.

I. PORTRAIT QUANTITATIF DES ACTIONS COLLECTIVES EN SANTÉ PUBLIQUE CONTRE L'ÉTAT¹⁵

L'État est ici envisagé au sens large comme comprenant l'ensemble des entités publiques chargées de la gestion des crises

15. Ce texte utilise le terme « action collective » plutôt que « recours collectif » afin de donner acte au changement de vocabulaire adopté par le nouveau Code de procédure civile québécois entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 : *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1. Notons toutefois que les décisions de common law rapportées dans ce texte, ainsi que toute décision québécoise rendue avant le 1^{er} janvier 2016, portent sur des « recours collectifs ».

sanitaires. Par exemple, au Québec, l'État dans ce contexte inclut le ministre et le ministère de la Santé et des Services sociaux, le directeur national de santé publique¹⁶, ainsi que les directeurs de santé publique¹⁷. Un portrait quantitatif des actions collectives entreprises contre l'État pour sa gestion de crises de santé publique montre que ces recours, bien qu'en augmentation, restent en nombre limité sans aucun doute en raison des embûches dont nous ferons état. Pour le Québec, une recherche dans la banque de données Soquij-Azimut — une banque de données répertoriant exhaustivement les décisions québécoises — effectuée le 21 septembre 2015¹⁸ permet de repérer treize résultats, dont trois se révélèrent pertinents en ce qu'ils portaient véritablement sur des actions collectives contre l'État dans le champ de la santé publique. Un recours concernait un cas de dépistage du cancer¹⁹, et un autre une atteinte à la santé à la suite d'un préjudice environnemental — domaine pour lequel nous avons ajouté une décision non repérée²⁰.

16. Nommé en vertu de la *Loi sur le ministère de la Santé et des Services sociaux*, RLRQ, c. M-19.2.

17. Nommés en vertu de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, RLRQ, c. S-4.2, ou de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux pour les autochtones* cris, RLRQ, c. S-4.1 selon la *Loi sur la santé publique*, préc., note 1, art. 2.

18. Mots-clés : Recours et collectif et responsabilité (indexation) + (état ou gouvernement) et santé (résumé).

19. *Tonnelier c. Québec (Procureur général)*, préc., note 12, rejetant l'appel de *Tonnelier c. Québec (Procureure générale)*, 2010 QCCS 5111.

20. *Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire « Petit Train du Nord » c. Laurentides (Municipalité régionale de comté des)*, [2005] R.J.Q. 116 (C.S.); *Spieser c. Canada (Procureur général)*, 2012 QCCS 2801 (inscription en appel : 2012-07-20 (C.A.), 200-09-007773-127).

Enfin, une dernière affaire touchait le tabagisme²¹. Aucun recours identifié ne mettait en cause une maladie infectieuse.

En common law canadienne, une recherche effectuée dans la banque de données Quicklaw — une banque de données répertoriant de façon exhaustive les décisions de toutes les provinces canadiennes — la même journée²² mena à 142 résultats, dont onze concernaient des actions collectives en santé publique impliquant l'État : deux portants sur le tabagisme²³; une sur une substance dangereuse (mercure)²⁴; quatre en matière d'environnement²⁵; une en matière de sécurité alimentaire²⁶; et une sur la crise ontarienne du SRAS²⁷. Enfin, deux décisions concernaient respectivement les banques de sang²⁸ et la sécurité pharmaceutique²⁹. Le tableau suivant résume les résultats de ces actions.

-
21. *Canada (Procureur général) c. Imperial Tobacco Ltd.*, 2012 QCCA 2034, [2012] R.J.Q. 2046 (C.A.).
 22. Mots-clés dans l'onglet full-text : « class /3 action & (tort or negligence or responsibility) /5 (state or government) & health ».
 23. *R. c. Imperial Tobacco Ltée*, 2011 CSC 42; *Knight v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2006 BCCA 235, 267 D.L.R. (4^e) 579.
 24. *Holland v. British Columbia*, 2009 BCCA 601, 283 B.C.A.C. 43.
 25. *Ring c. Canada (P.-G.)*, 2010 NLCA 20, 297 Nfld. & P.E.I.R. 86; *Grace c. Fort Erie (Town)*, [2003] O.J. No. 3475; *Brooks v. Canada (Attorney General)*, 2010 SKCA 55, 350 Sask. R. 261, *Bryson v. Canada (Attorney General)*, 2009 NBQB 204, 353 N.B.R. (2^e) 1.
 26. *Los Angeles Salads Co. v. Canadian Food Inspection Agency*, 2013 BCCA 34, 358 D.L.R. (4^e) 581, 40 B.C.L.R. (5^e) 213 (permission d'appeler à la Cour suprême du Canada refusée : [2013] S.C.C.A. No. 134).
 27. *Williams v. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 378, (2009), 95 O.R. (3^e) 401 (C.A. Ont.). Voir également : *Abarquez v. Ontario*, 2009 ONCA 374, 310 D.L.R. (4^e) 726, 95 O.R. (3^e) 414 (réclamation par 53 infirmières et leur famille, mais pas sous la forme d'une action collective); *Laroza Estate c. Ontario*, 2009 ONCA 373, (2009), 310 D.L.R. (4^e) 743, 95 O.R. (3^e) 764 (réclamation individuelle par une infirmière et son fils).
 28. *Adrian v. Canada (Minister of Health)*, 2007 ABQB 376, 418 A.R. 210.
 29. *Wuttunee v. Merck Frosst Canada Ltd.*, 2009 SKCA 43, 324 Sask. R. 210. Les deux recherches excluent les affaires mettant en cause un traitement médical ou de l'équipement médical, tels les implants mammaires. Voir par exemple : *Attis v. Canada (Minister of Health)*, 2008 ONCA 660, 93 O.R. (3^e) 35.

**TABEAU — ACTIONS COLLECTIVES CONTRE L'ÉTAT EN
MATIÈRE DE SANTÉ PUBLIQUE**

	Référence abrégée	Nature de l'action	Résultat ³⁰	Sujet
Droit civil	<i>Tonnelier c. Québec (P. g.)</i>	Autorisation	Rejetée	Dépistage Cancer
	<i>P'tit Train du Nord c. Laurentides</i>	Jugement au fond	Accueilli	Environnement
	<i>Spieser c. Canada (P. g.)</i>	Jugement au fond	Rejetée	
	<i>Canada (P. g.) c. Imperial Tobacco Ltd</i>	Recours en garantie	Rejeté	Tabagisme
Common law	<i>R. v. Imperial Tobacco</i>	Radiation des avis de mise en cause du gouvernement fédéral	Accueilli	Tabagisme
	<i>Knight v. Imperial Tobacco</i>	Certification	Accordée en partie	
	<i>Holland v. British Columbia</i>	Jugement au fond	Rejetée	Substance dangereuse
	<i>Ring v. Canada</i>	Certification	Rejetée	Environnement
	<i>Grace v. Fort Erie (Town)</i>	Motion for summary judgment / Certification	Certification refusée	
	<i>Brooks v. Canada (A.G.)</i>	Certification	Refusée	
	<i>Bryson v. Canada (A.G.)</i>	Certification	Refusée	
	<i>L.A. Salads Co. v. CFIA</i>	Motion to strike	Accueillie	Sécurité alimentaire
	<i>Williams v. Canada</i>	Requête en rejet d'action	Accueilli	SRAS
	<i>Adrian v. Canada (Minister of Health)</i>	Certification (pour approbation d'une transaction)	Accordée	Banque de sang
	<i>Wuttunee v. Merck Frosst Canada Ltd.</i>	Certification	Refusée (en appel)	Sécurité pharmaceutique

II. EMBÛCHES RENCONTRÉES DANS LA GOUVERNANCE JUDICIAIRE DE L'ACTION ÉTATIQUE

Le tableau ci-dessus laisse entrevoir que les victimes de crises de santé publique rencontrent plusieurs difficultés lorsqu'elles utilisent le droit privé comme moyen de tenir l'État imputable de ses décisions, actions et omissions. La lecture des jugements portant spécifiquement sur les maladies infectieuses permet de constater que ces embûches prennent trois visages différents. Elles ont d'abord trait à la déférence judiciaire exercée envers la hiérarchie des priorités établies par l'État et à un désir de protéger l'autonomie exécutive. De plus, elles découlent d'une volonté de prioriser la relation que l'État a avec le « public en général » et d'éliminer les interférences liées à des intérêts privés particuliers. Enfin, elles concernent l'appréciation du préjudice et de la causalité. Les défis constatés ne sont pas propres à l'action collective en ce sens qu'ils n'ont rien à voir avec le mécanisme procédural en tant que tel, à l'exception de ceux ayant trait à la causalité.

A. Déférence envers la hiérarchie des priorités et protection de l'autonomie exécutive

La première embûche a trait à la déférence dont les juges font preuve à l'égard de la hiérarchie des priorités établie par l'État et à la protection qu'ils offrent à l'autonomie exécutive. Cette déférence et protection se concrétisent par le biais de l'immunité partielle bien connue qui protège contre la responsabilité civile les décisions politiques prises par l'État. Cette immunité est bel et bien partielle, ce qui oblige à faire une difficile distinction entre la sphère politique — protégée par l'immunité³¹ — et la sphère opérationnelle

30. La colonne « Résultat » indique uniquement le résultat de la procédure contre l'entité étatique.

31. Des exceptions existent, en cas de mauvaise foi, de négligence grossière et d'insouciance grave : *Tonnelier c. Québec (Procureur général)*, préc., note 12, par. 89.

— soumise aux règles ordinaires de responsabilité civile — de l'action étatique.

Selon la Cour suprême du Canada, les décisions entrant dans la sphère politique comportent des facteurs sociaux, politiques et économiques et sont habituellement dictées par des considérations ou des contraintes d'ordre financier, économique, social et politique³². La sphère opérationnelle inclut quant à elle la mise en œuvre pratique des décisions politiques et concerne principalement l'exécution ou l'implantation d'une politique³³. Malgré ces précisions, la ligne de démarcation entre les deux sphères est notoirement difficile à tracer.

Les tribunaux considèrent que la mise en balance des intérêts conflictuels sous-tendant la prise de décision en matière politique doit être laissée à ceux qui sont redevables à l'électorat. Ils justifient ainsi l'immunité par le principe de la séparation des pouvoirs : le pouvoir judiciaire ne devrait pas s'ingérer dans le travail de l'exécutif. Dans les litiges contre l'État en santé au sens large, l'immunité partielle a permis de soustraire au regard des tribunaux les décisions portant sur l'imposition de budgets et l'allocation des ressources³⁴, et celles concernant l'établissement de priorités dans la lutte contre certaines maladies³⁵. L'immunité empêche également les tribunaux de réviser les décisions exécutives portant sur l'évaluation des risques préalables à l'adoption, ou non, d'une réglementation ou le choix de réglementer d'une certaine manière³⁶. Elle ne permet toutefois pas à l'État de se soustraire à

32. *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre du transport et de la voirie)*, [1994] 1 S.C.R. 420, p. 441.

33. *Id.*, p. 441, habituellement les décisions opérationnelles sont le produit d'une directive administrative, de l'opinion d'un expert ou d'un professionnel, ou de normes techniques ou de la norme générale de ce qui est raisonnable.

34. *Cilinger c. Québec (Procureur general)*, préc., note 13.

35. *Id.*, notamment la lutte contre le cancer.

36. Sur ce point, voir Thomas MORAN, Nola M. RIES et David CASTLE, « A Cause of Action for Regulatory Negligence? The Regulatory Framework for Genetically Modified Crops in Canada and the Potential for Regulator Liability », (2009) 6 *UOLTJ* 1, p. 17, 19 et 23.

sa responsabilité lorsqu'il contrevient à une législation qu'il a lui-même adoptée³⁷.

Dans le domaine de la santé publique, l'immunité a permis de protéger contre une responsabilité potentielle les décisions qui ont trait à l'établissement et implantation de programmes de santé. Ce fut le cas dans l'affaire *Tonnelier c. Québec (Procureur général)*³⁸. Des femmes ayant reçu un diagnostic de cancer du sein reprochaient au ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec (MSSS) son omission d'instaurer des contrôles de qualité efficaces pour les tests pathologiques effectués pour le dépistage du cancer du sein alors qu'il savait que les mesures en place étaient insuffisantes³⁹. La Cour supérieure et la Cour d'appel refusèrent l'autorisation d'exercer cette action collective. Pour la Cour d'appel, les décisions et actions gouvernementales pour la mise en place d'un programme de tests pathologiques, incluant la décision de rendre obligatoire la participation à des contrôles externes de qualité, relevaient de la sphère politique⁴⁰. La Cour précisa qu'alors que les établissements de santé ont la responsabilité de fournir les services diagnostiques⁴¹, le MSSS se charge des grandes orientations et des décisions de politiques — dont l'implantation ou

37. Voir par exemple *Association pour l'accès à l'avortement c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 4694, [2006] R.J.Q. 1938 (C.S.), [2006] R.R.A. 760.

38. *Tonnelier c. Québec (Procureur général)*, préc., note 12.

39. *Id.*, par. 7. Cette action collective avait été intentée au nom de toutes les femmes ayant reçu au Québec un diagnostic négatif de cancer du sein pour le test du marqueur biologique HER-2 ou pour les récepteurs hormonaux. Ces femmes invoquaient le stress vécu lorsque les médias annoncèrent — à la suite d'une étude rendue publique par le président de l'Association des pathologistes du Québec — que certains des résultats des tests de pathologie les concernant étaient erronés (par. 4).

40. *Id.*, par. 64 et 87.

41. *Id.*, par. 34, 73, 83 et 106.

la mise en place des programmes de santé —, de l'allocation des budgets et des seuils de financement⁴².

Par contre, si l'État commet une faute dans la *mise en œuvre* d'une politique déjà adoptée, il est alors soumis aux règles ordinaires de la responsabilité civile⁴³. Par exemple, la jurisprudence portant sur la transmission de maladies infectieuses laisse entendre que la mise en œuvre d'un plan de lutte contre l'épidémie se rattache à la sphère opérationnelle sujette aux règles de responsabilité civile usuelles. Encore faut-il toutefois que cette mise en œuvre relève de la responsabilité du gouvernement, et non d'une autre entité. Bien que traitant d'une poursuite individuelle, l'affaire *Eliopoulos v. Ontario* procure un bon exemple de cette situation. La province de l'Ontario était poursuivie par une personne décédée d'une complication d'une infection causée par le Virus du Nil occidental (VNO), et par sa famille. Les demandeurs reprochaient à la province la mise en œuvre d'un plan que le ministère de la Santé et des Soins de longue durée avait prétendument développé pour une éclosion attendue du VNO. Ce plan avait pour objectif d'encourager et de coordonner les mesures visant à réduire le risque associé au VNO en fournissant des informations aux autorités locales et au public. Cependant, la mise en œuvre de ce plan relevait non pas du ministère, mais plutôt du

42. *Id.*, par. 73. La Cour d'appel conclut également, comme la Cour supérieure, à l'absence de causalité puisque le stress, l'anxiété et la détresse invoqués résultaient de la médiatisation et de l'information confuse et imprécise relatée par les médias, et non de la conduite du MSSS (par. 104-105 et 107).

43. C'est le cas lorsqu'il omet de faire respecter une réglementation déjà adoptée à laquelle on a contrevenu, tel que dans *Bossé c. Hydro-Québec*, 2012 QCCS 2919 (épandage de produits chimiques par Hydro-Québec), renversée en appel sur ce point : *Hydro-Québec c. Bossé*, 2014 QCCA 323 (absence de preuve d'épandage).

public, des autorités locales et des conseils locaux de santé sur qui reposaient donc les devoirs opérationnels⁴⁴.

Les décisions exécutives des pouvoirs publics sont donc protégées par une immunité dès lors qu'elles impliquent l'établissement discrétionnaire de priorités, l'allocation de ressources ou la conception de plans ou programmes d'intervention. Par contre, les décisions récentes en common law canadienne justifient leur déférence envers les décisions étatiques plus fréquemment par le désir d'éviter que la reconnaissance d'une relation particulière, protégée par le droit privé, entre le citoyen et l'État interfère avec la poursuite de l'intérêt public en imposant à l'État l'obligation de tenir compte d'intérêts particuliers propres à un citoyen ou à un groupe.

B. Priorisation de l'intérêt collectif

Les tribunaux de common law hésitent traditionnellement à reconnaître un devoir de diligence de la part de l'État envers des groupes de citoyens particuliers. Ils veulent ainsi prioriser la poursuite de l'intérêt collectif par les pouvoirs publics et la gestion sans entrave des priorités conflictuelles en santé publique.

Cette deuxième embûche constitue une tendance accentuée ces dernières années dans la jurisprudence de common law. Elle trouve sa source dans le concept de proximité. L'existence d'une relation de proximité entre le demandeur et le défendeur, ici l'État, est un élément primordial pour prouver le *duty of care* (devoir de diligence), condition de la responsabilité sous délit de négligence en common law. Cette exigence n'existe pas en droit civil. En matière de responsabilité de l'État, l'évaluation de cette condition oblige habituellement à étudier la législation gouvernant l'action étatique afin de déterminer envers qui l'État a un devoir statutaire. Bien que la nature de ce devoir puisse varier selon la législation concernée, on observe une constante dans le domaine de la gestion des

44. *Eliopoulos v. Ontario (Minister of Health & Long Term Care)* (2006), 82 O.R. (3e) 321, 43 C.C.L.T. (3e) 163 (C.A.), par. 29-30.

maladies infectieuses, et même plus globalement en santé publique : le devoir établi par la législation habilitante est presque systématiquement envers le public en général. Les tribunaux considèrent que son devoir à l'égard du public oblige l'État à tenir compte d'une myriade d'intérêts divers et contradictoires afin de prendre la décision qui sert le mieux l'intérêt public. Par conséquent, l'imposition d'un devoir privé en faveur d'un citoyen ou d'un groupe particulier pourrait biaiser les cartes en quelque sorte, c'est-à-dire entrer en conflit direct avec ce devoir envers l'intérêt public. Deux affaires de l'Ontario et une de la Colombie-Britannique fournissent des exemples éloquentes.

La première, *Williams c. Canada*⁴⁵, porte sur l'action collective entreprise en Ontario au lendemain de la crise du SRAS. Des patients ayant contracté ce syndrome dans les hôpitaux ontariens y attaquaient les pouvoirs exercés par la province de l'Ontario en vertu de la *Loi sur la protection et la promotion de la santé* (LPPS) lorsqu'elle géra la deuxième éclosion de SRAS survenue en 2003. La représentante du groupe plaidait qu'elle était soumise à un risque spécifique, particulier à sa situation et à celle d'une classe limitée de personnes, soit les patients, les employés et les visiteurs de l'hôpital, ainsi que les personnes en contact étroit avec ceux-ci. La Cour d'appel de l'Ontario conclut que la LPPS impose un devoir envers le public en général et non seulement à l'égard des catégories énumérées. Ce devoir envers le public obligeait l'État, par exemple, à aussi tenir compte dans ses décisions du besoin de maintenir l'accès aux services de santé pour la population malgré l'éclosion⁴⁶.

Le deuxième exemple est en fait une poursuite individuelle, soit l'affaire *Eliopoulos c. Ontario*⁴⁷ déjà mentionnée. On se souviendra que le demandeur, décédé après avoir contracté le VNO,

45. *Williams v. Canada (Attorney General)*, préc., note 27.

46. Voir aussi les recours individuels *Larosa Estate c. Ontario*, préc., note 27 et *Abarquez c. Ontario*, préc., note 27, par. 27-28 : l'imposition d'un devoir de diligence à l'égard de la sécurité des demandeurs créerait un conflit avec les devoirs généraux des provinces à l'égard du grand public.

47. *Eliopoulos c. Ontario (Minister of Health & Long Term Care)*, préc., note 44.

et sa famille, arguaient que la province de l'Ontario aurait pu et aurait dû prévenir l'éclosion d'infections au VNO en 2002. Cette affaire mettait en cause, comme la précédente, des pouvoirs exercés en vertu de la LPPS. La Cour d'appel conclut que la Loi soumet le ministre de la Santé et des Soins de longue durée de l'Ontario au devoir public général de promouvoir, sauvegarder et protéger la santé des Ontariens et d'empêcher la propagation des maladies infectieuses. Ce devoir oblige le ministre à équilibrer des intérêts concurrents, mais ne donne pas lieu à une obligation de droit privé envers une personne en particulier. Elle accueille donc la demande de rejet de la réclamation⁴⁸.

Enfin, notre troisième exemple concerne, une fois de plus, une poursuite individuelle dans l'affaire *Los Angeles Salads Co. c. Canadian Food Inspection Agency (Los Angeles Salad)*⁴⁹. Le recours fut entrepris contre l'Agence canadienne d'inspection des aliments (ACIA), Santé Canada et l'Agence de santé publique du Canada à la suite du retrait volontaire de carottes par un distributeur (Costco). Ce retrait eut lieu après la tenue d'une inspection de l'ACIA en raison de la présence de la bactérie *Shigella* soupçonnée d'être liée à ces carottes. Évaluant la question de savoir si les inspecteurs fédéraux de l'ACIA ont un devoir de diligence envers les vendeurs de produits alimentaires, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique conclut que l'objectif clair de la loi applicable, la *Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments*, était de protéger la santé des Canadiens en prévenant la vente d'aliments contaminés au Canada⁵⁰, et non de sauvegarder les intérêts économiques des fournisseurs⁵¹. Elle ajoute que reconnaître un devoir de droit privé au profit des vendeurs de produits alimentaires serait en contradiction avec ce but. De plus, un tel devoir mettrait les inspecteurs dans la position intenable d'avoir à équilibrer les

48. Voir aussi *R. c. Imperial Tobacco Ltée*, préc., note 23.

49. *Los Angeles Salads Co. v. Canadian Food Inspection Agency*, préc., note 26.

50. *Id.*, par. 55.

51. *Los Angeles Salads Co. v. Canadian Food Inspection Agency*, 2011 BCSC 779, 24 B.C.L.R. (5^e) 83, par. 103 (appel rejeté : *Los Angeles Salads Co. v. Canadian Food Inspection Agency*, préc., note 26).

intérêts primordiaux du public avec les intérêts privés des vendeurs, et aurait ainsi un effet dissuasif sur la bonne exécution de leurs fonctions⁵².

Ceci étant dit, il est possible pour les tribunaux de trouver, malgré le langage législatif, une relation de proximité *dans les faits* entre l'État et la victime. Par exemple, cette proximité existerait en cas d'interaction ou de communication directe entre l'État et l'individu ou les individus qui subissent un préjudice dans la mise en œuvre d'une politique, surtout si la sécurité de l'individu est en jeu⁵³. Elle pourrait aussi être présente si l'État fait des représentations particulières à un groupe ou un citoyen ou a pris des engagements envers eux à l'effet qu'il agirait dans leur intérêt, et que ces derniers s'y sont fiés⁵⁴. Enfin, une relation suffisamment étroite et directe pourrait naître entre une personne et l'État si ce dernier a une connaissance personnelle des demandeurs ou de leurs circonstances, ou leur a fait des représentations ou a participé à un traitement qui a conduit à la blessure⁵⁵.

La jurisprudence ne semble jamais avoir conclu à une proximité dans les faits dans les affaires portant sur la propagation de maladies infectieuses. De plus, dans *Los Angeles Salads*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique observe que le fait pour le public d'entrer en contact avec des entités soumises à la réglementation,

52. *Los Angeles Salads Co. v. Canadian Food Inspection Agency*, préc., note 26, par. 55.

53. *Attis v. Canada (Minister of Health)*, préc., note 29, par. 66.

54. *Sauer v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 454, 225 O.A.C. 143 (permission d'appeler à la Cour suprême du Canada refusée : [2007] S.C.C.A. No. 454).

55. *Mitchell Estate v. Ontario* (2004), 71 O.R. (3^e) 571, 242 D.L.R. (4^e) 560 (Ont. S.C.J.), par. 19. Voir aussi *Taylor v. Canada (Attorney General)*, 2012 ONCA 479, 111 O.R. (3^e) 161 : en présence de fausses représentations de l'État, combinées à l'omission de les corriger, en connaissance de l'existence d'un risque sérieux et continu auquel est soumis un groupe de consommateurs clairement identifiable et relativement petit.

par exemple dans le contexte d'une enquête de santé publique, ne suffit pas à établir une telle proximité dans les faits⁵⁶.

Qu'en est-il lorsque la situation *ex ante* des demandeurs est différente de celle du public en général, par exemple en raison du fait qu'ils font partie d'un groupe soumis à un risque particulier d'atteinte à leur santé ? Cet argument fut soulevé dans *Abarquez c. Ontario*⁵⁷. Il s'agissait d'une action entreprise contre la province de l'Ontario par 53 infirmières ayant contracté le SRAS en Ontario en 2003. La province argumenta que ses devoirs pendant la crise du SRAS n'étaient qu'envers le public en général⁵⁸. En réponse, les infirmières plaidèrent que leur relation avec la province était différente de la relation de l'Ontario avec le grand public parce que la province avait émis des directives spécifiques aux hôpitaux pour la gestion du SRAS. L'obligation des infirmières de suivre ces directives les exposait donc, arguaient-elles, au risque particulier de contracter le SRAS. La Cour d'appel de l'Ontario, sans aborder directement ces arguments, les mit sommairement de côté en répliquant que la seule différence entre les infirmières et les membres ordinaires du public était le fait que leur profession les met plus à risque de contracter le SRAS, un risque qui n'a pas été créé par la province, mais découle de leur vocation⁵⁹.

Les tribunaux de common law invoquent d'autres arguments pour justifier leur refus de reconnaître un devoir de diligence de la

56. *Los Angeles Salads Co. v. Canadian Food Inspection Agency*, préc., note 51, par. 106-107 et 111 (appel rejeté : *Los Angeles Salads Co. v. Canadian Food Inspection Agency*, préc., note 26), citant *River Valley Poultry Farm Ltd v. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 326. Permission d'appeler à la Cour suprême du Canada refusée : [2009] S.C.C.A. No. 259, 2009 CarswellOnt 6909, par. 59. De plus, les représentations faites par le site web de l'ACIA étaient insuffisantes pour créer une relation de proximité (par. 114-17).

57. *Abarquez c. Ontario*, préc., note 27, par. 24.

58. Voir l'argument similaire dans *Williams v. Canada (Attorney General)*, préc., note 27, texte accompagnant la note de bas de page 46.

59. Il n'est pas tout à fait clair si ceci était une tentative de démontrer la proximité dans les faits ou une réfutation plus directe de la conclusion à l'effet que les devoirs de la province étaient seulement envers le public.

part de l'État envers certains groupes de victimes dans les affaires portant sur la gestion de la santé par les pouvoirs publics. Certains juges mentionnent leur inquiétude d'exposer le gouvernement à des recours privés virtuellement illimités, qui pourraient constituer un fardeau pour les finances publiques et refroidir les interventions du gouvernement⁶⁰. Les tribunaux s'inquiètent en outre d'imposer un fardeau déraisonnable et non désirable à l'État, pouvant interférer avec sa prise de décision dans l'intérêt général⁶¹. On insiste aussi sur la nécessité de soupeser des revendications concurrentes pour des ressources limitées⁶². Enfin, les juges notent la possibilité que retenir la responsabilité de l'État mène à des effets indésirables sur la santé de la population en interférant avec le mandat principal de l'État d'établir des priorités de santé⁶³.

Par le biais du concept de proximité, les tribunaux de common law parviennent à renforcer le choix législatif visant à prioriser l'intérêt général sans l'entrave de pressions privées canalisées par le droit de la responsabilité civile. Pour faire pression sur les pouvoirs publics afin qu'ils protègent l'intérêt privé ou individuel, il faut donc passer par la voie politique même lorsque cet intérêt concerne la protection de la sécurité et de l'intégrité.

60. *Los Angeles Salads Co. v. Canadian Food Inspection Agency*, préc., note 51, par. 124, confirmée sur ce point par la Cour d'appel : *Los Angeles Salads Co. v. Canadian Food Inspection Agency*, préc., note 26, par. 75, citant *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261.

61. *Eliopoulos v. Ontario (Minister of Health & Long Term Care)*, préc., note 44, par. 32-33; *Williams v. Canada (Attorney General)*, préc., note 27, par. 35 citant *Eliopoulos*.

62. *Id.*

63. *Attis v. Canada (Minister of Health)*, préc., note 29, par. 75 : dans cette affaire portant sur la réglementation entourant les implants mammaires, la Cour d'appel de l'Ontario est d'opinion qu'imposer un devoir de droit privé à Santé Canada pourrait avoir un effet négatif (« *chilling effect* ») sur la santé publique et sur les intérêts collectifs en ce qu'elle porterait atteinte au mandat prédominant de Santé Canada qui vise à établir les priorités en matière de santé. Cela l'oblige à soupeser la nécessité de soulager certains individus de leurs souffrances avec le désir d'éviter tout risque (il s'agissait ici de considérations de politique résiduelle examinées à la deuxième étape du test de *Anns* qui permet de reconnaître un devoir de diligence dans des circonstances non encore envisagées par les tribunaux).

L'intérêt particulier s'y trouvera évidemment en compétition avec une myriade d'autres intérêts particuliers dont les pouvoirs publics ont la liberté de soupeser la valeur respective sans être soumis au regard du judiciaire. Bien sûr, ce retrait du droit privé se justifie par une reconnaissance intéressante et bienvenue de la diversité des intérêts en jeu dans le domaine de la protection de la santé et l'importance non discriminée qui doit leur être accordée. Mais elle prend naïvement pour acquis qu'une fois l'épée de Damoclès que constitue la révision judiciaire enlevée, ces intérêts seront évalués sans biais aucun. De plus, la dépendance étroite entre la définition du devoir de droit privé de l'État et l'énoncé législatif de ce devoir permet à l'État de définir lui-même les obligations juridiques auquel il est soumis et d'identifier — législativement ou par le biais des gestes qu'il pose sur le terrain — parmi les relations qu'il entretient lesquelles seront protégées par le droit privé.

Même si un devoir de diligence existait de la part de l'État envers les victimes de ses décisions politiques, et même si l'immunité lui était retirée, les tentatives de lui attribuer une responsabilité pour les conséquences préjudiciables de ses décisions ne seraient pas pour autant couronnées de succès tel que le laissent entrevoir les actions collectives entreprises en common law contre les autres acteurs institutionnels du système de santé.

C. Parallèles avec les actions collectives contre les établissements hospitaliers

Des actions collectives n'impliquant pas l'État, mais plutôt intentées contre les établissements de santé en common law, illustrent certaines embûches supplémentaires particulièrement pertinentes dans le contexte d'une épidémie ou d'une pandémie et qui peuvent également affecter les recours contre l'État. La reconnaissance d'un devoir de diligence de la part des établissements de santé est confrontée en effet à la hantise

judiciaire envers le préjudice psychologique et à une recherche vaine de questions communes de causalité.

Une première difficulté survient lorsque les victimes invoquent comme préjudice indemnisable le risque de préjudice ou la peur de souffrir d'un préjudice. Certains jugements datant de la fin des années quatre-vingt-dix acceptent d'inclure dans des actions collectives des groupes de victimes invoquant la peur d'avoir contracté une maladie infectieuse à la suite de problèmes d'asepsie même si des tests subséquents révélèrent qu'ils n'avaient pas été infectés. Par exemple, dans *Anderson c. Wilson*⁶⁴, une action collective avait été entreprise contre le propriétaire de cinq cliniques après qu'un inspecteur en santé publique identifia un possible lien entre une éclosion d'hépatite B et des électroencéphalogrammes effectués dans ces cliniques. Deux groupes de patients avaient entrepris le recours, soit les patients infectés et les patients qui reçurent un avis d'infection possible, furent testés et se révélèrent non infectés. La Cour d'appel de l'Ontario accepta d'inclure dans le recours les patients non infectés. Elle invoqua pour ce faire, notamment, l'état incertain de la common law quant à la responsabilité découlant de l'infliction d'un choc nerveux. De plus, elle nota le fait que la réclamation se prêtait bien à un traitement réuni en raison de la similarité probable des réactions de chaque

64. *Anderson v. Wilson* (1999), O.R. (3^e) 673 (C.A. Ont.) (permission d'appeler à la Cour suprême du Canada refusée : [1999] S.C.C.A. No. 476).

membre du groupe aux avis, soit la crainte d'une infection grave et de l'anxiété pendant la période d'attente du résultat du test.

Anderson fut suivie dans au moins deux affaires subséquentes⁶⁵. Dans *Rideout c. Health Labrador Corp.*⁶⁶, une action collective avait été entreprise contre une clinique de gynécologie. Les demandeurs invoquaient le fait qu'entre octobre 2001 et mars 2003, des instruments médicaux utilisés dans la clinique pour traiter au moins 333 patients ne furent pas stérilisés adéquatement. La défenderesse diffusa un communiqué de presse et des lettres furent envoyées aux patients de la clinique pour les aviser de ce manquement, leur indiquant toutefois que le risque d'avoir contracté une infection était minime. Madame Rideout invoquait avoir entre autres avoir subi un choc nerveux à la lecture du communiqué de presse et une perte de *consortium* (« loss of physical and emotional consortium »⁶⁷) pour elle et son mari. La Trial division de la Cour suprême de Terre-Neuve et Labrador appliqua *Anderson* et certifia le recours, qui fit l'objet d'une transaction en 2007⁶⁸. La transaction inclut un engagement à faire des excuses, la nomination d'un représentant du public dans l'équipe responsable de développer une procédure de contrôle des

65. *Rose v. Pettie*, [2004] O.J. No. 739, 23 C.C.L.T. (3^e) 21 : recours collectif contre un acupuncteur fondé sur une allégation de négligence à l'effet qu'il avait exposé ses patients à un risque sérieux en utilisant des aiguilles non stérilisées. Les patients plaidaient notamment avoir subi un choc nerveux après avoir été informés par les autorités de santé publique qu'ils avaient été exposés à ce risque. Cette affaire fit par la suite l'objet d'une transaction : *Rose v. Pettie*, [2006] O.J. No. 1612; *Fakhri v. Alfalfa Canada Inc.*, 2003 BCSC 1717, [2003] B.C.J. No. 2618 (confirmé par 2004 BCCA 549) : recours suite à la vente de nourriture infectée par le virus de l'hépatite A dont un des employés de la défenderesse était porteur. Un des groupes de ce recours collectif était composé de personnes non infectées qui avaient dû recevoir une injection à la suite d'un avis de santé et qui poursuivaient pour anxiété.

66. *Rideout v. Health Labrador Corp.*, 2007 NLTD 116, 12 C.P.C. (6^e) 91 (C.S. Lab. et T.-N.).

67. L'action *per quod consortium amisit* permettait historiquement à un époux de poursuivre pour la perte des services de sa conjointe, victime du délit : Lewis N. Kлар, *Tort Law*, 5^e éd., Toronto, Carswell, p. 281-284.

68. *Rideout v. Health Labrador Corp.*, 2007 NLTD 150, 2007 CarswellNfld 268, 822 A.P.R. 90, 270 Nfld. & P.E.I.R. 90, 159 A.C.W.S. (3^e) 789.

infections, la délivrance par l'assureur du défendeur d'un séminaire éducatif sur le contrôle des infections, et un engagement selon lequel le PDG de la clinique discutera publiquement des changements effectués dans ses procédures de stérilisation.

Plus récemment par contre, la décision de Cour d'appel de l'Ontario dans *Healey c. Lakeridge*⁶⁹ arrive à une conclusion différente. Cette action collective avait été entreprise contre un établissement de santé et des médecins à la suite d'expositions à un patient souffrant de tuberculose. La Cour conclut à l'absence de devoir de diligence à l'égard des victimes invoquant un « risque » de contracter la maladie, et refusa donc de certifier le recours à leur égard. Elle justifia cette décision par le fait que la common law ne reconnaît que rarement le devoir de ne pas causer de pertes « purement » psychologiques, c'est-à-dire non associées à un préjudice corporel ou matériel⁷⁰. En première instance, la Cour avait également noté qu'imposer un tel devoir encouragerait les autorités de santé publique à réduire la portée des programmes de notification et augmenterait les dépenses en santé, ce qui aurait un effet sur tous les utilisateurs des soins de santé⁷¹.

L'exigence procédurale des provinces canadiennes de common law voulant que l'action collective doive soulever des

69. *Healey v. Lakeridge Health Corp.*, 2011 ONCA 55, 103 O.R. (3^e) 401.

70. *Id.*, par. 18-19, 39-40, 60-66. Le recours fut donc certifié uniquement quant aux demandeurs ayant contracté la maladie.

71. *Healey v. Lakeridge Health Corp.*, 2010 ONSC 725, par. 224. Voir aussi *Bruce Estate v. Toderovich*, 2010 ABQB 709, 497 A.R. 256 (appel rejeté : 2014 ABCA 44, 569 A.R. 78) : action collective entreprise contre un hôpital et une autorité régionale de santé par des patients traités dans un *Central Sterilization Room* (« CSR ») après que certains d'entre eux eurent contracté une infection à SARM et d'autres infections. Le recours fut certifié seulement pour les patients ayant été infectés. Toutefois, ce fut ici en raison d'une omission dans les allégations appuyant cette partie du recours. La Cour laisse toutefois entendre qu'elle ne serait pas favorable à une telle réclamation : "However, in my view it is impossible for the Plaintiffs to succeed on a claim that breach of a duty of care to prevent infection resulted in harm of any kind to the uninfected CSR patients. Such a breach might be indirectly relevant as giving rise to a duty to notify" (par. 40).

questions communes aux membres du groupe⁷² donne également lieu à des difficultés dans les affaires de common law. Celles-ci concernent plus particulièrement la causalité qui, avance-t-on parfois, ne peut que s'apprécier individuellement pour chaque membre. Par exemple, dans l'affaire *Anderson*⁷³ déjà mentionnée, les demandeurs infectés alléguaient un lien entre des cas d'hépatite B confirmés et des électroencéphalogrammes ayant eu lieu dans les cliniques du défendeur. La Cour d'appel de l'Ontario ne trouve aucune question commune quant à la causalité. Cette conclusion s'appuyait sur la nécessité d'obtenir l'information sérologique pour chaque patient individuellement et d'évaluer pour chacun d'entre eux ses propres facteurs de risque — mode de vie, âge, transfusions, voyages récents dans des régions à risque, partenaires sexuels et infection — pour déterminer s'il était porteur de l'infection avant de se présenter à la clinique⁷⁴. Notons que le recours fut tout de même certifié partiellement en raison de l'existence de questions communes quant à la faute.

Bien que l'État ne fut pas impliqué dans ces affaires, celles-ci permettent d'identifier des difficultés typiques des tentatives d'attribution de responsabilité à la suite de la soumission d'un groupe de personnes à un risque infectieux, du moins en common law canadienne. Donc, même en l'absence d'immunité ou en présence d'un devoir de diligence, l'indemnisation des victimes à large échelle de risque infectieux resterait aléatoire, du moins à l'extérieur du Québec.

CONCLUSION

La revue jurisprudentielle ci-dessus démontre l'existence de défis sérieux à poursuivre collectivement l'État pour les échecs perçus en santé publique. Ces défis découlent de l'immunité protégeant les décisions politiques prises par l'État dans la gestion des enjeux de santé publique, ainsi que du refus — en common law — de

72. Par exemple, la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6, art. 1 et 5.

73. *Anderson v. Wilson*, préc., note 64.

74. *Id.*, par. 28.

reconnaître des devoirs de droit privé qui puissent entraver la poursuite de l'intérêt public par l'État dans ses décisions en santé. L'espoir de changements de l'approche judiciaire de la responsabilité de l'État en santé et en santé publique, particulièrement à l'égard de ces deux prises de position, serait illusoire, même si le nombre d'actions collectives contre les pouvoirs publics semble augmenter. Le traitement judiciaire de la responsabilité de l'État au Canada demeure, malgré ce phénomène, systématiquement restrictif.

Le constat du faible taux de succès de l'action judiciaire collective contre l'État en santé publique permet de soulever plusieurs questions intéressantes. La première concerne les potentielles distinctions dans l'imputabilité étatique générées par le bijuridisme canadien. L'immunité étatique s'applique avec force au Québec. En fait, dans la jurisprudence récente, cette immunité est, toute proportion gardée, invoquée plus souvent au Québec qu'en common law qui tend à faire échec aux poursuites contre l'État en faisant plutôt appel à l'absence de relation de proximité. Mais, mise à part cette immunité, toutes les autres embûches observées se manifestent uniquement dans la jurisprudence de common law. La situation québécoise se distingue donc à plusieurs égards.

D'abord, l'existence d'une relation de proximité entre l'État et les demandeurs n'est pas requise en responsabilité civile québécoise⁷⁵, ce qui ferme la porte à l'interdépendance entre le devoir législatif et l'obligation juridique de droit privé. Par contre, la nécessité de laisser l'État soupeser sans entrave les nombreux intérêts en présence est en quelque sorte sous-entendue lorsque l'immunité trouve appui sur le besoin de protéger la prise de décision comportant l'évaluation de facteurs politiques, sociaux et économiques, ou l'appréciation des priorités dans la lutte contre les maladies et la répartition des ressources.

De plus, le droit québécois est en principe plus ouvert à l'indemnisation du préjudice purement psychologique (moral)

75. *Code civil du Québec*, RLRQ, c. CCQ-1991, art. 1457.

pouvant théoriquement inclure la crainte d'un préjudice actuel ou futur pourvu qu'elle soit en relation directe avec la faute ou le fait générateur de responsabilité. La perte doit être actuelle et certaine⁷⁶, mais cette certitude ne nécessite qu'une probabilité⁷⁷. Le dommage hypothétique ou éventuel, dont la réalisation reste trop improbable, ne peut être indemnisé⁷⁸, mais nous ne croyons pas que cette règle fasse obstacle à l'indemnisation d'une crainte ou d'une anxiété réelle provoquée fautivement. Ce type de dommage est à distinguer des réclamations pour risque de préjudice qui, pour leur part, sont non admissibles en droit québécois à ce jour⁷⁹.

Le deuxième questionnement porte sur le fossé entre l'imputabilité sanitaire et juridique de l'État et des institutions de santé résultant des embûches que nous avons identifiées. En mettant ainsi l'État à l'abri, on pourrait assister à un transfert de l'imputabilité juridique aux entités privées jouant un rôle dans la protection de la santé des populations qui, elles, ne bénéficient pas de cette clémence judiciaire. On constate ce phénomène en matière d'accès aux, et de financement des, soins de santé où la responsabilité tend à être assumée par les établissements de santé et le personnel, alors que l'État est protégé par l'immunité. On le

-
76. *Berthiaume c. Réno-dépôt Inc.*, [1995] R.J.Q. 2796 (C.A.), p. 157-58 [*Berthiaume-CA*].
77. Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, vol. 1, 8^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, par. 1-357; Daniel GARDNER, *Le préjudice corporel*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, par. 64.
78. C.c.Q., art. 1611; J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, *id.*, par. 1-356 et 358.
79. *Berthiaume c. Val Royal Lasalle Ltée*, [1992] R.J.Q. 76 (C.S.), p. 172 [*Berthiaume-CS*] (aussi repris dans *Berthiaume-CA c. Réno-dépôt Inc.*, préc., note 76, p. 52 : la réclamation incluait des dommages pour le risque augmenté de développer un cancer suite à une exposition à de la mousse isolante d'urée-formaldéhyde (MIUF). La Cour supérieure avait conclu que ce risque n'avait pas été prouvé et que la preuve était en fait à l'effet contraire (*Berthiaume-CS*, p. 172). La Cour d'appel confirma, avec les mentions ci-dessus (texte principal)). Voir aussi en matière environnementale : *Dow Chemical Company v. Ring, Sr.*, préc., note 25 par. 58 (permission d'appeler à la Cour suprême du Canada refusée).

voit bien dans *Cilinger c. Québec (Procureur général)*⁸⁰ par exemple. La Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec y refusaient d'autoriser une action collective entreprise contre le ministère de la Santé et des Services sociaux et le gouvernement en général par des femmes atteintes d'un cancer du sein qui invoquaient des temps d'attentes trop longs entre leurs chirurgies et leurs traitements par radiothérapie. Ces retards étaient causés, alléguait-on, par la politique de déficit zéro imposée par le gouvernement aux établissements de santé. L'autorisation fut cependant accordée contre les hôpitaux en cause⁸¹, et cette action se solda par une transaction⁸².

Enfin, on peut se demander si une imputabilité juridique accentuée de l'État permettrait une gestion plus efficace des crises sanitaires ou, en termes plus généraux, si le litige judiciaire collectif en responsabilité contre l'État a le pouvoir d'engendrer des changements sociaux positifs dans le domaine de la santé publique. En effet, même si elles ne sont pas couronnées de succès, les actions collectives en responsabilité civile motivent parfois, par leur seule introduction ou dans le cadre des transactions auxquelles elles peuvent donner lieu, les créateurs de risque à intervenir⁸³. Malgré cela, l'on peut tout de même se demander si les embûches analysées dans ce texte sont réellement un problème. Les raisons qui les sous-tendent sont principalement liées à un désir de donner la priorité à la poursuite de l'intérêt public plutôt qu'à des intérêts particuliers, même s'ils concernent un groupe de personnes. Elles sont également associées à une reconnaissance que la gestion de la santé publique nécessite de tenir compte d'intérêts parfois contradictoires, et repose sur un ensemble de facteurs complexes à saveur politique, sociale et économique. L'exemple du SRAS est particulièrement éloquent à cet égard, en particulier l'affaire *Williams* dans laquelle la Cour d'appel de l'Ontario tient compte du

80. *Cilinger c. Québec (Procureur général)*, préc., note 13. 13

81. *Cilinger c. Centre hospitalier de Chicoutimi*, [2004] R.J.Q. 3083 (appel rejeté : *Cilinger c. Québec (Procureur général)*, préc., note 13).

82. *Cilinger c. Centre hospitalier de Chicoutimi*, 2009 QCCS 4445.

83. Voir par exemple *Rideout v. Health Labrador Corp.*, préc., note 68 et discussion associée.

difficile équilibre devant être atteint par l'État dans sa gestion d'une crise épidémique entre la protection des patients et du personnel médical et le maintien de l'accès aux soins de santé pendant la crise⁸⁴. En définitive, la question fondamentale qui se pose est donc de savoir qui du pouvoir exécutif et judiciaire est le mieux placé pour effectuer ces difficiles équilibres dans le champ complexe que constitue la protection de la santé de la population.

84. *Williams v. Canada (Attorney General)*, préc., note 27, par. 31.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : CONSEIL DE SÉCURITÉ ET RENFORCEMENT DE LA LUTTE CONTRE LES
PANDÉMIES EN VERTU DU CHAPITRE VII DE LA CHARTE DES
NATIONS UNIES

Auteur(s) : Vinc D. OKILA

Revue : *RDUS*, 2016, volume 46, numéro 2

Pages : **291-324**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12118>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12118>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

CONSEIL DE SÉCURITÉ ET RENFORCEMENT DE LA LUTTE CONTRE LES PANDÉMIES EN VERTU DU CHAPITRE VII DE LA CHARTE DES NATIONS UNIES

par Vinc D. OKILA*

Les crises sanitaires, en particulier lorsqu'elles se produisent dans des pays fragiles, peuvent devenir des menaces pour la stabilité de la communauté internationale. L'expérience montre que les pays confrontés à de telles crises tiennent rarement compte des recommandations qui leur sont faites par les organisations internationales. Ils préfèrent imposer leurs propres mesures de précautions internes qui ne sont pas toujours conformes à leurs obligations internationales.

La communauté internationale est confrontée à d'énormes obstacles juridiques, commerciaux et financiers dans sa lutte contre les crises sanitaires. Le seul organe doté du pouvoir de contraindre unilatéralement les membres de la communauté internationale est le Conseil de sécurité des Nations Unies. Pour la première fois en 2014, dans la foulée de la Pandémie Ebola qui a éclaté en Afrique de l'Ouest, le Conseil de sécurité a considéré qu'une telle pandémie constituait une menace contre la paix. L'auteur propose de voir comment et dans quelles mesures les pouvoirs détenus par le Conseil de sécurité sont, ou peuvent être, invoqués et exercés pour lutter efficacement contre ces fléaux.

Health crises, especially when they occur in vulnerable countries, can become threats to the stability of the international community. Experience shows that countries facing such crises rarely take into account recommendations made to them by international organizations. They prefer to impose their own internal precautionary measures, which do not always comply with their international obligations.

The international community faces enormous legal, commercial and financial obstacles in its attempt to deal with health crises. The United Nations Security Council is the only body empowered to unilaterally enforce compliance of members of the international community. In 2014, in the aftermath of the Ebola pandemic that erupted in West Africa, the Security Council affirmed for the first time that such a pandemic constituted a threat to world peace. This article examines how and to what extent the powers held by the Security Council are, or can be, invoked and exercised in order to effectively deal with these crises.

*, Doctorant en droit public de l'Université de Paris 13 et attaché temporaire d'enseignement et de recherche en droit public à l'Université de Reims Champagne-Ardenne. Cette étude est une version refondue et actualisée de ma communication lors du colloque portant sur « Les pandémies et le droit » du 6 novembre 2015, organisé à l'Université de Sherbrooke. Je tiens à remercier tout spécialement monsieur le Professeur Yves Nouvel pour ses conseils lors de l'élaboration de cette étude. Je reste seul responsable du contenu de cette contribution.

SOMMAIRE

I. L'attrait de la lutte contre les pandémies dans la sphère de compétence du Conseil de sécurité, agissant au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies	295
A. Corrélation entre crises sanitaires internationales et maintien de la paix et de la sécurité internationales.....	296
1) <i>Une interdépendance consacrée au sein des principaux instruments juridiques internationaux dédiés au maintien de la paix et à la protection de la santé publique.....</i>	<i>296</i>
2) <i>Une interdépendance progressivement assumée, en pratique, par les principaux acteurs internationaux.....</i>	<i>300</i>
B. Portée et limites de la qualification, par le Conseil de sécurité, de l'épidémie d'Ebola comme menace contre la paix dans la lutte globale contre les pandémies	303
1) <i>Érection des préoccupations de santé publique au rang de menace contre la paix de l'article 39 de la Charte des Nations Unies</i>	<i>304</i>
2) <i>Une approche essentiellement sécuritaire, n'abordant les préoccupations sanitaires que de manière incidente</i>	<i>305</i>
II. Les moyens d'action à la disposition du Conseil de sécurité pour une lutte efficace contre les pandémies.....	311
A. Mesures classiques d'intervention du Conseil de sécurité dans le cadre du maintien de la paix et de la sécurité internationales, au service des préoccupations sanitaires internationales	312
1) <i>L'utilisation des sanctions économiques pour des finalités de santé publique.....</i>	<i>313</i>
2) <i>La création d'opérations de maintien de la paix d'ordre sanitaire.....</i>	<i>318</i>
B. Mesures novatrices d'intervention du Conseil de sécurité au titre du chapitre VII, au service des préoccupations sanitaires internationales	320
1) <i>Coopération ou appui du Conseil de sécurité aux actions de l'OMS et l'OMC dans la lutte contre les pandémies</i>	<i>320</i>
2) <i>L'appui du Conseil de sécurité aux actions des bailleurs de fonds internationaux dans la lutte contre les pandémies.....</i>	<i>322</i>

Les crises sanitaires internationales, en particulier lorsqu'elles se produisent dans des pays fragiles¹ ou en développement², peuvent devenir des menaces pour la stabilité de la communauté internationale. En effet, la mondialisation et la propagation des maladies ont fait de la santé publique un sujet de préoccupation internationale. La circulation plus rapide et plus facile des personnes et des biens a facilité non seulement la propagation des maladies infectieuses, mais aussi leur émergence et réémergence, aussi bien chez les animaux que chez les humains³. Cela est particulièrement vrai pour des crises sanitaires transfrontalières, comme ce fut le cas du syndrome respiratoire aigu sévère (SRAS) en 2003, des flambées de grippe H1N1 en 2009, de l'épidémie de choléra à Haïti en 2010, et plus récemment de celle de la fièvre hémorragique Ebola en 2014, ou celle, en cours, du virus Zika en Amérique latine⁴. Par conséquent, ces problématiques ne peuvent plus être exclusivement traitées par des États, dans leurs actions individuelles, mais doivent plutôt l'être par la communauté internationale, dans son action collective. En la matière, l'organisation mondiale de la santé (ci-dessous OMS), institution spécialisée des Nations Unies (ci-dessous ONU), joue un rôle fondamental dans la lutte contre les urgences de santé publique.

Cependant, même dans ce cadre, la communauté internationale ne dispose pas d'instrument juridique global et contraignant pour faire face aux urgences sanitaires mondiales. Les

-
1. Chiara GIORGETTI, « International Health Emergencies in Failed and Failing States », (2013) 44 *Georgetown Journal of International Law* 1347, 1359.
 2. David P. FIDLER, « The Globalization of Public Health: Emerging Infectious Diseases and International Relations », (1997) 5-1 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 11, 32.
 3. OMS, *Rapport mondial sur la santé 2007 - Un avenir plus sûr: la sécurité sanitaire mondiale au XXI^e siècle*, en ligne : <<http://www.who.int/whr/2007/en/index.html>> (consulté le 19 juillet 2016).
 4. Aline TIMBERT, « Le virus Zika, la nouvelle menace induite par des moustiques sur le territoire latino-américain », *Actu Latino*, 6 janvier 2016, en ligne: <<http://www.actulatin.com/2016/01/06/le-virus-zika-la-nouvelle-menace-induite-par-des-moustiques-sur-le-territoire-latino-americain/>> (consulté le 19 juillet 2016).

pandémies et les épidémies précédentes ont montré que, très souvent, les pays conservent une importante marge de manœuvre dans leurs réponses aux menaces d'ordre sanitaire, en imposant notamment leurs propres précautions internes, qui ne sont pas toujours efficaces ou conformes à leurs obligations internationales⁵. Par ailleurs, la mise en application dans le monde entier des droits de propriété intellectuelle, notamment les accords dits « ADPIC-Plus », conclus entre États occidentaux et États pauvres, qui contiennent des dispositions dont l'effet est de rendre bien plus difficile les mécanismes dérogatoires contenus dans l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* de l'Organisation mondiale du commerce (ci-dessous OMC), ainsi que le *Cadre de préparation en cas de grippe pandémique*, définissent un ordre juridique qui perpétue les inégalités en matière de santé publique entre pays; inégalités aggravées lors d'une crise sanitaire mondiale⁶. Enfin, les États fragiles, à faibles revenus, qui ont besoin de ressources financières conséquentes pour faire face à ces types de crise, sont généralement « surendettés » et doivent composer avec les régimes stricts de prêts ou de dons des bailleurs de fonds internationaux⁷.

Au regard de toutes ces problématiques, l'intervention récente du Conseil de sécurité, au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, en matière de santé publique, constitue une véritable opportunité pour le renforcement de la lutte internationale contre ce genre de crise. En effet, lors de la virulente épidémie de fièvre hémorragique Ebola, qui a sévi en Afrique de l'Ouest,

-
5. Katherine LEWIS, « Ebola: Harmonizing Countries' Internal Safety Precautions with their Obligations under International Law », *MJIL*, 15 novembre 2014, en ligne : <<http://www.mjilonline.org/ebola-harmonizing-countries-internal-safety-precautions-with-their-obligations-under-international-law/>> (consulté le 19 juillet 2016).
 6. Daniel DE BEER, « Le sida au cœur de la mondialisation? », en ligne : <<http://www.dhdi.free.fr/recherches/gouvernance/articles/debeersida.pdf>> (consulté le 19 juillet 2016).
 7. Renaud VIVIEN et Françoise WASSERVOGEL, « Les pays accablés par Ebola, maintenus dans l'esclavage de la dette », 2 mars 2015, en ligne : <<http://www.mondialisation.ca/les-pays-accables-par-ebola-maintenus-dans-lesclavage-de-la-dette/5434432>> (consulté le 19 juillet 2016).

précisément en Guinée, en Sierra Leone et au Libéria, en 2013-2014, faisant à ce jour près de 11 315 morts⁸, le Conseil de sécurité a, pour la première fois, dans sa résolution 2177 du 18 septembre 2014⁹, considéré une épidémie de portée internationale comme une menace contre la paix et la sécurité internationales.

Étant l'unique organe d'une organisation internationale doté du pouvoir de contraindre unilatéralement les membres de la communauté internationale et de porter ainsi atteinte à leurs engagements normatifs internationaux¹⁰, il est intéressant d'analyser comment et dans quelle mesure les pouvoirs détenus par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies sont, ou peuvent être, invoqués et exercés par ce dernier pour lutter efficacement contre ces fléaux.

Dans cette perspective, nous allons tenter d'analyser, dans un premier temps, l'attrait des préoccupations sanitaires internationales dans le domaine de compétence du Conseil de sécurité (I), avant de voir les moyens dont il dispose pour faire efficacement face à ces crises (II).

I. L'attrait de la lutte contre les pandémies dans la sphère de compétence du Conseil de sécurité, agissant au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies

L'attrait de la lutte contre les pandémies dans la sphère de compétence du Conseil de sécurité repose tout d'abord sur la corrélation que l'on peut établir entre crises sanitaires internationales et maintien de la paix et de la sécurité internationales (A); corrélation qui a fini par conduire le Conseil de sécurité, eu égard aux circonstances de l'espèce cependant, à qualifier une épidémie de grande ampleur comme une menace

8. OMS, *Rapport de situation sur la flambée de maladie à virus Ebola* 30 décembre 2015, en ligne : <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/204127/1/ebolasitrep_30Dec2015_fre.pdf> (consulté le 19 juillet 2016).

9. CONSEIL DE SECURITE, *Paix et sécurité en Afrique*, Doc. N.U. S/RES/2177 (18 septembre 2014).

10. *Charte des Nations Unies*, art. 25 et 103.

contre la paix, même si la portée de cette qualification, dans la gestion plus globale des urgences sanitaires mondiales, doit tout de même être nuancée (B).

A. Corrélation entre crises sanitaires internationales et maintien de la paix et de la sécurité internationales

La corrélation entre crises sanitaires et maintien de la paix, du moins, maintien de la sécurité internationale, est établie de longue date. Elle a en effet été un des puissants vecteurs de la coopération intergouvernementale, avec notamment le développement des tout premiers systèmes de mise en quarantaine des navires afin d'éviter la propagation des maladies infectieuses, et l'expansion du commerce international qui, rendant nécessaire un approfondissement des mesures de protection, a donné naissance aux premières conventions sanitaires internationales¹¹. Aujourd'hui, on retrouve les traces de cette corrélation non seulement dans la Charte des Nations Unies, mais aussi dans la Constitution de l'OMS et dans le *Règlement sanitaire international* (ci-dessous RSI) (1). Cependant, c'est seulement à une époque récente que cette corrélation a réellement été assumée par les différents acteurs internationaux (2).

1) Une interdépendance consacrée au sein des principaux instruments juridiques internationaux dédiés au maintien de la paix et à la protection de la santé publique

Au sein de la Charte des Nations Unies, l'interdépendance entre le maintien de la paix et de la sécurité internationales et la protection de la santé publique est clairement soulignée par son article 55 qui déclare qu'« [e]n vue de créer les *conditions de stabilité et de bien-être* nécessaires pour assurer entre les nations des *relations pacifiques et amicales* fondées sur le respect du principe

11. Michèle POULAIN, « La gestion par l'OMS des situations d'urgence sanitaire de portée internationale. L'exemple du syndrome respiratoire aigu sévère (SRAS) », *Actualité et Droit International*, novembre 2003, en ligne : <<http://www.ridi.org/adi/articles/2003/200311pou.htm>> (consulté le 19 juillet 2016).

de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, les Nations Unies favoriseront : [...] (b) La solution des problèmes internationaux dans les domaines économique, *social, de la santé publique et autres problèmes connexes*, et la coopération internationale dans les domaines de la culture intellectuelle et de l'éducation »¹².

L'on a souvent pu lire, en doctrine notamment, que cet article renvoie à une paix dite « structurelle » ou « positive », entendue généralement comme « l'établissement de conditions propices au développement politique, économique et social des États »¹³. Cette paix relèverait, par nature, de la compétence de l'Assemblée générale ou du Conseil économique et social et non de celle du Conseil de sécurité¹⁴, destiné à ne connaître que des questions liées à la dimension « négative » de cette même paix, entendue comme « absence de conflit armé »¹⁵. Pourtant, la Charte des Nations Unies non seulement ne définit la notion de paix, ni dans l'article 39 qui détermine les conditions d'intervention du Conseil de sécurité au titre du chapitre VII, ni dans aucun autre de ses articles. Elle ne délimite pas non plus les champs d'intervention entre le Conseil de sécurité et les autres organes principaux de l'ONU¹⁶. Par conséquent, dans le cadre de sa responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales¹⁷, le Conseil est effectivement habilité à intervenir à l'égard de questions diverses telles que celles liées à la pauvreté, la famine, la criminalité, les atteintes aux droits de l'homme, les risques environnementaux, la

12. *Charte des Nations Unies*, art. 55 (nos italiques).

13. Pierre D'ARGENT et *al.*, « Article 39 », dans Jean-Pierre COT, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3^e éd., Paris, Economica, 2005, p. 1146.

14. Pour une analyse exhaustive de cette approche doctrinale, voir Mirko ZAMBELLI, *La constatation des situations de l'article 39 de la Charte des Nations Unies par le Conseil de sécurité*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 180-189.

15. Voir Pierre-Marie DUPUY, « Sécurité collective et organisation de la paix », (1993) *R.G.D.I.P.* 617.

16. Matthias GOLDMAN, « Sovereign Debt Crises as Threat to Peace: Restructuring under Chapter VII of the UN Charter? », (2012) 4-1 *Goettingen Journal of International Law* 153, 169-170.

17. *Charte des Nations Unies*, art. 2 (1).

traite des humains ou les maladies¹⁸, pour peu que celles-ci constituent des menaces à la paix.

À l'image de la Charte des Nations Unies, la Constitution de l'OMS fait également une forte référence à l'interdépendance entre maintien de la paix et protection de la santé mondiale lorsqu'elle déclare, notamment dans son préambule, que « [l]a santé de tous les peuples est fondamentale pour la réalisation de la paix et de la sécurité; elle dépend de la pleine coopération des individus et des États »¹⁹. La référence à la paix dans le mandat de l'OMS avait, en fait, pour but de créer des communautés professionnelles transnationales qui briseraient ou éroderaient progressivement les principales sources de discordes entre les États, et de résoudre les problèmes de santé au plan international afin d'extirper les racines de la guerre et ainsi préserver la paix²⁰. Ce lien repose également sur l'impact de la guerre sur la santé. En effet, la guerre est parfois à l'origine de la destruction des institutions et des services de santé, de la contamination de l'environnement, de la hausse ou de la résurgence des maladies épidémiques, de l'augmentation de la pauvreté, de la famine et des flux de réfugiés. Il est donc logique que l'OMS soit compétente lorsque de tels problèmes de santé publique sont liés aux problématiques sécuritaires internationales.

Par ailleurs, le *Règlement sanitaire international* dans sa version de 2005²¹ est sans doute l'instrument, adopté au sein de

-
18. Charles-Philippe DAVID et Jean-François RIOUX, « Le concept de sécurité humaine », dans Jean-François RIOUX (dir.), *La sécurité humaine. Une nouvelle conception des relations internationales*, Paris, l'Harmattan, 2002, p. 19.
 19. *Constitution de l'Organisation mondiale de la santé* 22 juillet 1946, préambule, en ligne : <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/FR/constitution-fr.pdf?ua=1>> (consulté le 19 juillet 2016).
 20. Yves BEIGBEDER, « The World Health Organization and Peacekeeping », (1998) 5-4 *International Peacekeeping* 31, 31-32.
 21. David P. FIDLER, « From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations », (2005) *Chinese Journal of International Law* 325. Pour un aperçu de l'évolution historique du RSI, voir, D. ZWAAGSTRA, « Ebola and the Questions It Raises », *Peace Palace Library Blog*, 14 août 2014, en ligne :

l'OMS, qui matérialise le mieux cette affirmation²². Selon les mots du Conseil de sécurité, il « contribue à la sécurité mondiale dans le domaine de la santé publique »²³. En effet, depuis cette révision, le champ d'application du RSI ne se limite plus à une liste exhaustive de maladies, mais est davantage centré sur les notions d'« événement » et d'« urgence de santé publique de portée internationale » (ci-dessous USPPI), qui s'appliquent à toute cause de propagation de maladies internationales, indépendamment de leur origine ou de leur source²⁴. Par conséquent, étant donné qu'une crise sanitaire internationale peut tirer son origine de la libération accidentelle ou intentionnelle d'agents biologiques, radiologiques ou chimiques, ou de l'usage d'armes chimiques, nucléaires ou d'actes de bioterrorisme²⁵, celle-ci relèvera de la compétence du RSI²⁶, voire du Conseil de sécurité si elle constitue en même temps une menace pour la paix, liant ainsi encore plus étroitement protection de la santé publique et maintien de la paix et de la sécurité internationales.

Cependant, ce lien, qui n'a pas toujours été autant revendiqué au demeurant²⁷, n'a réellement pénétré la pratique des

<<http://www.peacepalacelibrary.nl/2014/08/ebola-and-the-questions-it-raises/>> (consulté le 19 juillet 2016).

22. Il faut en effet préciser que ce même règlement, dans ses versions antérieures, avec sa vocation essentielle de protection du trafic et du commerce, ne se préoccupait pas de la dimension sécuritaire internationale du déclenchement des maladies. Sur ces points, voir : Gian Luca BURCI et Jakob QUIRIN, « Ebola, WHO, and the United Nations: Convergence of Global Public Health and International Peace and Security », (2014) 18-25 *American Society of international law*, en ligne : <<https://www.asil.org/insights/volume/18/issue/25/ebola-who-and-united-nations-convergence-global-public-health-and>> (consulté le 19 juillet 2016).

23. CONSEIL DE SECURITE, préc., note 9.

24. David P. FIDLER, préc., note 21.

25. Auriane GUILBAUD, « Le système sanitaire international face à l'épidémie d'Ebola », 9 décembre 2014, en ligne : <<http://www.laviedesidees.fr/Le-systeme-sanitaire-international-face-a-l-epidemie-d-Ebola.html>> (consulté le 19 juillet 2016).

26. Gian Luca BURCI et Jakob QUIRIN, préc., note 22.

27. En effet, durant la guerre froide, certains traités existants de contrôle des armes ne se préoccupaient pas de l'impact sur la santé publique que

principaux acteurs internationaux que depuis la fin de la guerre froide.

2) *Une interdépendance progressivement assumée, en pratique, par les principaux acteurs internationaux*

L'interdépendance entre le maintien de la paix et la protection de la santé publique s'est réellement manifestée dans la pratique des organisations internationales au début des années 90, notamment à l'OMS, mais surtout à l'ONU²⁸.

Dans sa pratique, l'OMS n'a pas hésité en effet à rendre ce lien palpable. Déjà, en 1962, l'Assemblée mondiale de la santé avait adopté une résolution dans laquelle elle réaffirmait que l'amélioration de la santé dans le monde contribuerait de manière importante à la paix, tout en ajoutant que la paix à son tour était une condition essentielle pour la préservation et l'amélioration de la santé des personnes dans le monde. Depuis lors, de nombreuses missions d'urgence de l'OMS sont liées au maintien de la paix²⁹.

L'évolution la plus significative est sans doute celle qui a eu lieu aux Nations Unies. En effet, la baisse des conflits interétatiques, consécutivement à la fin de la guerre froide, et la

l'utilisation d'armes pourrait avoir sur les populations touchées. Voir, à titre d'exemple : UNODA, *Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines, et sur leur destruction*, le 10 avril 1972, 1015 UNTS 163, en ligne : <<http://disarmament.un.org/treaties/t/bwc/text>> (consulté le 19 juillet 2016).

28. L'accent mis sur l'ONU vient du fait que des deux institutions internationales, elle est celle qui a le mandat qui englobe le mieux les deux dimensions : protection de la santé publique et maintien de la paix. L'OMS, en dépit des affirmations de son préambule, n'a pas de mandat direct en matière de guerre et de paix.

29. En plus de ses activités de secours, l'OMS a émis un certain nombre de déclarations condamnant des instruments de guerre, en particulier les armes nucléaires. En 1993, l'OMS a introduit une demande à la Cour internationale de justice sur l'utilisation des armes nucléaires, qui a été rejetée comme n'étant pas dans le cadre des activités de l'organisation. Sur tous ces points, voir Yves BEIGBEDER, préc., note 20, 32-40.

multiplication des conflits internes qui ont suivi ont conduit la communauté internationale à s'intéresser à d'autres formes de menaces contre la paix. Cette évolution a débuté, pour l'ensemble des nouvelles menaces, dites « menaces d'ordre économique et social »³⁰, avec la déclaration présidentielle du Conseil de sécurité du 31 janvier 1992³¹, suivie par l'« Agenda pour la paix » du Secrétaire général³².

Pour la menace d'ordre sanitaire spécifiquement, il faut remonter au début des années 2000, avec le débat au Conseil de sécurité sur « l'impact du Sida sur la paix et la sécurité internationales »³³. Si, à cette occasion, le Conseil n'a pas considéré

-
30. Maurizio ARCARI « Gouvernance globale et sécurité collective : quelques éléments de dissonance », dans Maurizio ARCARI et Louis BALMOND (dir.), *La gouvernance globale face aux défis de la sécurité collective*, Naples, Editoriale Scientifica, 2012, p. 27.
 31. ONU, LA RESPONSABILITE DU CONSEIL DE SECURITE EN CE QUI CONCERNE LE MAINTIEN DE LA PAIX ET DE LA SECURITE INTERNATIONALES, Doc. N.U. S/23500/3 (31 janvier 1992) : « la paix et la sécurité internationales ne découlent pas seulement de l'absence de guerres et de conflits armés. D'autres menaces de nature non-militaire à la paix et à la sécurité internationales trouvent leur source dans l'instabilité qui existe dans les domaines *économique, social, humanitaire ou écologique* » (nos italiques).
 32. Boutros BOUTROS-GHALI, *Agenda pour la paix*, doc. N.U. A/47/277 (17 juin 1992).
 33. CONSEIL DE SECURITE, *Responsabilité du maintien de la paix et de la sécurité internationales incombant au Conseil de sécurité : le VIH/ sida et les opérations internationales de maintien de la paix*, Doc. N.U. S/RES/1308 (17 juillet 2000). Dans la même veine, il est important de souligner que le Secrétaire général des Nations Unies, dans son rapport de 2005 « Dans une liberté plus grande », s'est dit « prêt, en consultation avec le Directeur général de l'OMS, à utiliser ses pouvoirs en vertu de l'article 99 de la Charte des Nations Unies pour attirer l'attention du Conseil de sécurité sur toute épidémie écrasante de maladie infectieuse qui menace la paix et la sécurité internationales » (Doc. N.U. A/59/2005 du 21 mars 2005). De même, de manière plus générale, dans le rapport de 2005 du « Groupe d'experts de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement », est envisagée la possibilité pour le Conseil de sécurité de prendre des mesures contraignantes, qui ne relèvent pas nécessairement du chapitre VII, pour assurer des mesures de quarantaine efficaces (Doc. N.U. A/59/625 du 2 décembre 2004).

le VIH/SIDA comme une menace contre la paix³⁴, il a tout de même relié les mandats et la formation des opérations de paix à la prévention de la propagation du VIH/SIDA³⁵. De plus, en 2011, le Conseil de sécurité a consacré une autre de ses résolutions, toujours en dehors du chapitre VII³⁶, à la question du VIH/SIDA³⁷. Cependant, si la référence au VIH/SIDA dans ses résolutions traduit une sensibilité du Conseil de sécurité aux questions sanitaires, cela ne saurait être considéré comme un précédent pertinent pour élever les crises sanitaires au rang de menace contre la paix. En effet, mis à part le fait que ces résolutions n'ont pas pour fondement le chapitre VII, le Conseil de sécurité y envisage surtout les risques de diffusion du SIDA du fait des situations conflictuelles et non une menace à la paix du fait d'une pandémie.

Le pas ne sera franchi qu'avec l'épidémie d'Ebola qui a sévi en Afrique de l'Ouest dès 2013. En effet, les membres du Conseil de sécurité, d'abord « extrêmement préoccupés par l'épidémie due au

34. En effet, aussi bien dans le préambule que dans le dispositif de la résolution, aucune référence n'est faite au chapitre VII ou à l'une quelconque des situations prévues à l'article 39, référence qui seule permet de considérer que le Conseil a décidé d'agir sous couvert du chapitre VII et de recourir, si besoin s'en fait sentir, aux pouvoirs qui lui sont dévolus dans ce cadre. Au contraire, dans l'ensemble du texte, le Conseil de sécurité évoque une menace « potentielle » à la paix; par conséquent, il inscrit son action dans le champ des compétences couvertes par le chapitre VI de la *Charte des Nations Unies*.

35. CONSEIL DE SECURITE, préc., note 33, art. 3.

36. Voir l'analyse précédente sur la résolution 1308 (2000), *supra*, p. 11-12. Cependant, s'il est vrai qu'à ces deux occasions le Conseil n'a pas agi en vertu du chapitre VII, il a toutefois intégré le VIH/SIDA dans ses résolutions ultérieures sur le maintien de la paix, à la fois du point de vue de la protection des contingents militaires, que de celui de l'inclusion de la sensibilisation de la population civile au VIH/SIDA dans le cadre du mandat de maintien de la paix multidimensionnelle (CONSEIL DE SECURITE, préc., note 35 et CONSEIL DE SECURITE, *Maintien de la paix et de la sécurité internationales*, Doc. N.U. S/RES/1983 (7 Juin 2011)).

37. CONSEIL DE SECURITE, *Responsabilité du maintien de la paix et de la sécurité internationales incombant au Conseil de sécurité : le VIH/ sida et les opérations internationales de maintien de la paix*, préc., note 33.

virus Ebola »³⁸, se sont, par la suite, dits « gravement préoccupés par l'ampleur de l'épidémie due au virus Ebola en Afrique de l'Ouest, en particulier au Libéria, en Guinée et en Sierra Leone »³⁹, sans que ce constat ne conduise à une invocation du chapitre VII. Il a fallu attendre le 18 septembre 2014, avec la résolution 2177 (2014), pour que le Conseil de sécurité juge, à l'unanimité de ses membres, qu'une urgence sanitaire internationale, en l'occurrence l'épidémie d'Ebola en Afrique de l'Ouest, constitue une menace contre la paix et la sécurité internationales⁴⁰. Cette détermination sera réitérée par le Président du Conseil dans une déclaration faite le 21 novembre, au nom du Conseil⁴¹.

Cependant, même s'il est vrai que cette résolution constitue une intervention d'envergure du Conseil de sécurité à l'égard des questions de santé publique, elle ne règle pas pour autant toutes les questions liées au rapport que ce dernier pourrait entretenir avec la lutte globale contre les pandémies.

B. Portée et limites de la qualification, par le Conseil de sécurité, de l'épidémie d'Ebola comme menace contre la paix dans la lutte globale contre les pandémies

En effet, bien que la qualification, par le Conseil de sécurité, de l'épidémie d'Ebola comme une menace contre la paix enrichit la liste des questions dont il peut se saisir au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies (1), celle-ci reste une réponse essentiellement sécuritaire, qui n'aborde les préoccupations sanitaires que de manière incidente (2).

38. CONSEIL DE SECURITE, *Déclaration à la presse faite par le Conseil de sécurité concernant le Bureau des Nations Unies pour l'Afrique de l'Ouest*, Doc. N.U. SC/11466-AFR/2930 (9 juillet 2014).

39. CONSEIL DE SECURITE, *La situation au Libéria*, Doc. N.U. S/RES/2176 (15 septembre 2014).

40. CONSEIL DE SECURITE, préc., note 9.

41. CONSEIL DE SECURITE, *Déclaration du Président du Conseil de sécurité, Paix et sécurité en Afrique*, Doc. N.U. S/PRST/2014/24 (21 novembre 2014).

1) *Érection des préoccupations de santé publique au rang de menace contre la paix de l'article 39 de la Charte des Nations Unies*

La résolution 2177 (2014) est sans ambiguïté sur ce point. En fait, généralement, lorsque le Conseil de sécurité veut *éviter* de procéder à la découverte d'une « nouvelle menace contre la paix », le considérant de principe, celui contenant la qualification, n'indique pas toujours clairement les fondements de la qualification retenue⁴². Le Conseil procède généralement ainsi lorsqu'il se saisit pour la première fois d'une situation atypique au titre du chapitre VII.

Dans le cas de l'épidémie d'Ebola en Afrique de l'Ouest en revanche, la position du Conseil est assez claire, notamment lorsqu'il « juge(e) », dans son considérant de principe, « que l'ampleur extraordinaire de l'épidémie d'Ebola en Afrique constitue une menace pour la paix et la sécurité internationales »⁴³.

Le fait que le Conseil de sécurité ait été aussi décisif sur cette question repose aussi, en partie, sur le consensus qu'il y a eu autour de l'éventualité de son intervention en la matière, de la part des principaux acteurs internationaux concernés par les questions de paix et de santé publique⁴⁴. Cependant, dire que le Conseil de sécurité a enfin quitté son domaine traditionnel d'intervention,

42. Il y emploie souvent des formules nuancées, énumère un certain nombre de facteurs avant de faire sa constatation ou considère qu'une situation d'ensemble, qu'il s'abstient de définir au demeurant, constitue une menace contre la paix. Parfois, il évoque le caractère « exceptionnel » ou « unique » d'une situation. Voir : Inger ÖSTERDAHL, « Threat to peace. The Interpretation by the Security Council of Article 39 of the UN Charter », (1998) 325-48 *Swedish Institute of International Law* 69.

43. CONSEIL DE SECURITE, préc., note 9, art. 6. Cette constatation souligne, à elle seule, en effet, le chapitre VII de la Charte comme base juridique de la résolution 2177 (2014).

44. Louis BALMOND, « Le Conseil de sécurité et la crise d'Ebola: entre gestion de la paix et pilotage de la gouvernance globale », (2014) 10 *Questions of International Law* 5, 6-8.

c'est-à-dire les conflits armés, le terrorisme, etc.⁴⁵, pour s'intéresser à une crise, notamment sanitaire, en période de paix, est certainement excessif. Même dans ce contexte, l'approche du Conseil semble demeurer sécuritaire, nous amenant ainsi à nous interroger sur les critères guidant ou devant guider l'action du Conseil sur de telles questions.

2) *Une approche essentiellement sécuritaire, n'abordant les préoccupations sanitaires que de manière incidente*

La priorité accordée à la dimension sécuritaire lors de la crise transparaît à travers deux aspects retenus par le Conseil : le contexte dans lequel sévit l'épidémie (a), et la dangerosité de celle-ci (b).

a. *Le cadre contextuel dans lequel sévit l'épidémie d'Ebola comme critère déterminant pour une action du Conseil de sécurité à l'égard d'une crise sanitaire*

Le Conseil de sécurité n'est pas toujours prolixo lorsqu'il s'agit d'évoquer les motivations derrière ses constatations. De toute façon, il n'est pas tenu, en droit, de le faire⁴⁶, mais quand il le fait, on ne peut l'ignorer dans l'interprétation de sa volonté⁴⁷.

De telles motivations sont présentes dans la résolution 2177 (2014), révélant ainsi les critères retenus par le Conseil pour

45. Sur une telle approche, voir Brusil Miranda METOU, « Le Conseil de sécurité des Nations Unies fait de l'épidémie d'Ebola une nouvelle catégorie de menace à la paix et la sécurité internationales », *Sentinelles*, 2014, en ligne : <http://pre.sentinelles-droit-international.fr/bulletins/a2014/20140928_bull_404/bulletin_sentinelles_404.php#828> (consulté le 19 juillet 2014).

46. Christian DOMINICE, *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, Recueil d'études, Genève, Graduate Institute Publications 1997, p. 189.

47. Sur l'intérêt d'accorder une attention toute particulière au préambule des résolutions du Conseil de sécurité, voir Karel WELLENS, « The UN Security Council and New Threats to the Peace: Back to the Future », (2003) 8 *Journal of Conflict and Security Law* 15, 21; Michael C. WOOD, « The Interpretation of the Security Council Resolutions », (1998) *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 73.

s'estimer compétent. On constate à ce propos que le Conseil ne manque pas d'établir un lien entre la crise sanitaire en cause et la survenance de conflit armé : c'est le cas lorsqu'il

consid[ère] que les acquis obtenus par les pays les plus touchés en matière de consolidation de la paix et de développement risquent d'être réduits à néant par l'épidémie d'Ebola et *soulin[e]* que cette épidémie compromet la stabilité des pays les plus touchés et que, si elle n'est pas jugulée, elle peut provoquer de nouveaux épisodes de troubles civils et de tensions sociales, une détérioration du climat politique et une aggravation de l'insécurité.⁴⁸

Au regard de ce qui précède, il est clair que la menace à laquelle le Conseil de sécurité veut faire face est tout d'abord une menace d'ordre sanitaire : l'épidémie d'Ebola. Toutefois, il ne s'intéresse à cette crise que parce qu'elle touche en premier lieu des États fragiles⁴⁹ engagés dans un processus de consolidation de la paix⁵⁰ après des conflits armés, de telle sorte que, sans son intervention, les bénéfices obtenus dans le cadre de ce processus risquent d'être annihilés⁵¹. En définitive, ce sont donc les ramifications économiques et sociales menaçant d'annuler les dividendes de la paix dans les pays touchés et de replonger ceux-ci dans le chaos qui justifient l'intervention du Conseil de sécurité au titre du chapitre VII. Si la menace résulte donc au départ d'une crise sanitaire, elle est devenue par la suite une menace économique, sociale, politique, et en définitive sécuritaire, nécessitant de ce fait une intervention contraignante du Conseil de sécurité.

Cependant, il est important de souligner que certains auteurs localisent la menace contre la paix dans les effets induits

48. CONSEIL DE SECURITE, préc., note 9, art. 5.

49. Chiara GIORGETTI, préc., note 1, p. 1358-1359.

50. Sonia K. HAN, « Building a Peace that Lasts: The United Nations and Post-Civil War Peace-Building », (1994) 26 *New York University Journal of International Law and Politics* 837, 839.

51. Dans le même sens, Louis BALMOND, préc., note 44, 9-12.

par l'épidémie d'Ebola et non dans l'urgence sanitaire elle-même⁵². À ceux-là on pourrait répondre que sans la crise sans précédent de fièvre hémorragique Ebola en Guinée, en Sierra Leone et au Libéria, il n'y aurait jamais eu d'instabilité économique, sociale ou sécuritaire, aussi bien dans les pays touchés que dans les pays voisins. Par conséquent, l'épidémie d'Ebola est bien l'origine de la menace contre la paix constatée par le Conseil de sécurité⁵³.

Par ailleurs, il est intéressant de se demander si le Conseil de sécurité se considère comme compétent pour intervenir à l'égard d'une crise sanitaire similaire, mais sévissant en dehors de tout contexte conflictuel. En théorie, cela ne soulève aucune difficulté⁵⁴. Cependant, concrètement, le texte de la résolution 2177 (2014) n'envisage pas une telle possibilité⁵⁵. En outre, l'analyse de la pratique antérieure du Conseil de sécurité ne permet pas non plus de trancher définitivement la question. En effet, s'il est vrai que le Conseil s'estime de plus en plus compétent à l'égard des phénomènes qui mettent en péril les vies humaines⁵⁶, dont font partie les épidémies, et qu'à ce titre il pourrait intervenir à l'égard de telles menaces, même en période de paix, la même pratique révèle également que chaque fois qu'il a découvert de nouvelles menaces contre la paix, celles-ci ont toujours été en lien avec son champ sécuritaire traditionnel d'intervention⁵⁷. Cela dit, peu importe le contexte dans lequel le Conseil compte intervenir, il ne peut le faire, nous semble-t-il, qu'à l'égard d'une crise sanitaire présentant une certaine dangerosité pour l'espèce humaine.

52. Dans ce sens, voir Gian Luca BURCI, « Ebola, the Security Council and the Securization of Public Health », (2014) 10 *Questions of International Law* 30, 30-31.

53. Pour une analyse similaire à propos de la résolution 688 (1991), déjà citée, voir Inger ÖSTERDAHL, préc., note 42, 45.

54. Voir, *supra*, Érection des préoccupations de santé publique au rang de menace contre la paix de l'article 39 de la Charte des Nations Unies.

55. En effet, les motivations retenues par le Conseil dans ce cadre renvoient toujours à une situation en lien avec la résurgence d'un conflit dans les zones touchées. Voir le préambule de la résolution 2177 (2014), ainsi que le texte de la résolution 2176 (2014).

56. Charles-Philippe DAVID et Jean-François RIOUX, préc., note 18.

57. Wolfgang WEIB, « Security Council Powers and the Exigencies of Justice after War », (2008) 12 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 45.

b. La dangerosité, pour l'espèce humaine, d'une épidémie comme critère déterminant pour une intervention du Conseil de sécurité à l'égard d'une crise sanitaire

Il est clair que le Conseil de sécurité n'est pas un « Conseil de la sécurité sanitaire internationale », qui serait de ce fait amené à réagir à l'égard de toutes les préoccupations de santé publique. Ce serait d'ailleurs incompatible avec son mandat et avec la répartition de compétences entre les différents organes des Nations Unies. En vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, le Conseil de sécurité n'intervient que lorsque les situations en cause présentent, ou ont atteint, un certain seuil de dangerosité⁵⁸. C'est le cas de l'épidémie d'Ebola, en 2013-2014 en Afrique de l'Ouest, que le Conseil de sécurité a jugé être d'une « ampleur extraordinaire »⁵⁹. Ce qui veut dire, *a contrario*, qu'une épidémie ordinaire ne saurait relever de la compétence du Conseil⁶⁰.

Une question cruciale serait de savoir quand est-ce que l'on sort de la « crise sanitaire ordinaire » pour entrer dans une « crise sanitaire extraordinaire » susceptible de provoquer une intervention du Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII.

Un début de réponse peut être trouvé dans le rôle que joue l'OMS en la matière. En effet, au titre du RSI (version 2005), le Directeur général de l'OMS dispose du pouvoir de déclencher une urgence de santé publique de portée internationale (USPPI).

58. Kristen E. BOON, « Coining a New Jurisdiction: The Security Council as Economic Peacekeeper », (2008) 41-4 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 991, 1010; Matthias GOLDMAN, préc., note 16, 173.

59. CONSEIL DE SECURITE, préc., note 9, art. 5.

60. Les déclarations des différents acteurs internationaux lors de l'adoption de ladite résolution l'attestent. On pourrait tout d'abord souligner celle du Secrétaire général des Nations Unies pour qui l'épidémie d'« Ebola est une crise exponentielle qui exige une réponse mondiale exceptionnelle », ou encore celle du Dr. Margaret Chan, Directrice générale de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS), selon qui « [p]ersonne n'a jamais vu une urgence de cette ampleur, de telles souffrances et de telles conséquences en cascade » (déclarations rapportées par Brusil Miranda METOU, préc., note 45).

L'activation de cette dernière signifie qu'il existe une crise de maladies infectieuses susceptibles d'avoir une portée internationale⁶¹. Celle-ci fonctionne donc comme un « signal d'alarme » pour l'ensemble de la communauté internationale, annonçant qu'une grave crise sanitaire susceptible de se propager au-delà des frontières existe et qu'il faut urgemment y faire face, soulignant ainsi, par la même occasion, les conditions nécessaires pour une intervention du Conseil de sécurité : gravité, urgence et effets transfrontaliers⁶².

Cependant, ceci ne devrait pas nous amener à conclure, d'un point de vue purement juridique, à une limitation ou restriction du pouvoir de qualification du Conseil de sécurité⁶³. Ce pouvoir demeure en effet essentiellement discrétionnaire⁶⁴. Cependant, en pratique, il serait tout de même malaisé de voir le Conseil de sécurité procéder à la qualification d'une menace contre la paix sur la base d'une crise sanitaire avant même que l'institution spécialisée en la matière ne se soit prononcée sur le sujet. En outre, le Conseil de sécurité n'a ni les compétences techniques, ni l'expérience de ce genre de question⁶⁵. Le rôle fondamental du Directeur général de l'OMS est d'ailleurs souligné par le Conseil de sécurité lui-même dans la résolution en cause, lorsqu'il « prend acte, du rôle clef que joue l'Organisation mondiale de la santé

61. OMS, *Règlement sanitaire international* 2^e éd., 2005, art. 12, en ligne : <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/43883/1/9789241580410_eng.pdf> (consulté le 19 juillet 2016).

62. En effet, « ce sont souvent les répercussions internationales d'une situation interne qui ont conduit le Conseil à considérer celle-ci comme une "menace contre la paix" ». Voir Pierre D'ARGENT et *al.*, préc., note 13, p. 1156.

63. Dans ce sens, voir Louis BALMOND, préc., note 44, 16, pour qui « le Conseil s'est placé en réalité en situation de compétence liée: la décision ne résulte pas de sa propre appréciation, mais du constat des experts de l'OMS et des ONG, notamment MSF ».

64. Jean COMBACAU, *Le pouvoir de sanction de l'ONU – Étude théorique de la coercition non militaire*, Paris, A. Pedone, 1974, p. 10.

65. Sur la question de la légitimité du Conseil de sécurité à intervenir à l'égard des questions économique-sociales, voir Kristen E. BOON, préc., note 58, 1000-1002.

(OMS), qui a décrété que l'épidémie d'Ebola constituait une urgence de santé publique de portée internationale »⁶⁶.

Une autre question est de savoir si le Conseil de sécurité ne doit se saisir que des crises sanitaires extraordinaires.

En effet, il ne faut pas oublier que le Conseil n'est pas seulement un organe de réaction ou de répression, mais aussi un organe d'anticipation ou de prévention⁶⁷. Par conséquent, dire que le Conseil ne doit intervenir que lorsque les crises ont atteint une portée extraordinaire, comme le laisse penser le texte de la résolution 2177(2014), reviendrait à le réduire à un rôle de réaction qui, au demeurant, est inadapté à ce genre de crise.

Le vrai critère pour une intervention du Conseil de sécurité en matière de santé publique ne devrait pas être l'intensité d'une crise, mais sa nature, sa dangerosité pour les vies humaines, c'est-à-dire, sa létalité. Par conséquent, l'action du Conseil de sécurité, en vertu du chapitre VII, ne devrait concerner que les maladies infectieuses susceptibles de causer rapidement la mort. Ainsi, les épidémies de VIH/SIDA, par exemple, qui conduisent à une mort lente des personnes infectées, ne devraient pas relever de la compétence du Conseil de sécurité⁶⁸, tandis que les épidémies plus virulentes comme celle de la fièvre hémorragique à virus Ebola, qui

66. CONSEIL DE SECURITE, préc., note 9, art. 19.

67. Benedetti CONFORTI, « Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité en matière de constatation d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression », dans René-Jean DUPUY, *Le développement du rôle du Conseil de sécurité*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publisher, 1992, p. 53; Shiley V. SCOTT, « Climate Change and Peak Oil as Threats to International Peace and Security: Is It Time for the Security Council to Legislate? », (2008) 9-2 *Melbourne Journal of International Law* 495, 507.

68. Cela ne veut pas dire que ce type de maladie ne peut pas être traité par le Conseil de sécurité. Il peut en connaître, mais uniquement sur la base des pouvoirs qu'il détient au titre du chapitre VI, comme il l'a fait en adoptant les résolutions 1308 (2000) et 1983 (2011).

entraînent rapidement le décès des personnes infectées⁶⁹, devraient l'être, et ce peu importe leur intensité réelle⁷⁰.

En somme, on est encore loin d'un Conseil de sécurité qui place toutes les épidémies au centre de ses préoccupations, mais il s'agit là, déjà, d'un grand pas; d'autant plus qu'en le franchissant, le Conseil met les pouvoirs qu'il est le seul organe au monde à détenir au service de la lutte contre les pandémies.

II. Les moyens d'action à la disposition du Conseil de sécurité pour une lutte efficace contre les pandémies

Dans le cadre de la résolution 2177 (2014) pour la lutte contre l'épidémie d'Ebola en Afrique de l'Ouest, le Conseil de sécurité n'a adopté aucune mesure contraignante ou coercitive. Il s'est contenté de faire des recommandations⁷¹, qui n'ont aucune force juridique obligatoire. D'un point de vue strictement juridique, cela ne soulève aucun problème. Il reste en effet à la discrétion du Conseil de décider, non seulement de la qualification ou non d'une situation comme menace contre la paix, mais également de

69. Environ 50% en moyenne de toutes les épidémies depuis 1976. Au cours des flambées précédentes, les taux ont varié de 25% à 90%. L'épidémie d'Ebola en Afrique de l'Ouest a, à elle seule, causé presque quatre fois plus de morts que toutes les épidémies précédentes : OMS, *Maladie à virus Ebola*, aide-mémoire n° 103, janvier 2016, en ligne : <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs103/fr/>> (consulté le 19 juillet 2016).

70. L'absence de traitement, la létalité importante, la contagion élevée par contact avec les malades présentant des symptômes et la propagation rapide de la maladie peuvent être des critères devant guider l'action du Conseil de sécurité et des organes compétents au sein de l'OMS.

71. En dehors des mesures qui vont être étudiées en profondeur ci-dessous, dans l'ensemble, le dispositif de la résolution appelle, pour l'essentiel, les États touchés à prendre des mesures d'atténuation, et les autres États membres et partenaires à augmenter leur aide et mobiliser des ressources; et à l'égard des entités du système des Nations Unies à mettre en place une meilleure coordination de leurs actions. Cette approche a d'ailleurs été critiquée par certains observateurs qui y voient des mesures que l'on peut s'attendre à trouver dans une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies ou de l'OMS, plutôt que dans celle du Conseil de sécurité (voir : Gian Luca BURCI, préc., note 52, 29).

l'utilisation ou non des moyens mis à sa disposition par la Charte des Nations Unies pour y faire face⁷².

De même, dans le cas où le Conseil décide d'adopter des mesures pour donner effet à ses décisions, la force juridique à attribuer à celles-ci relève, une fois de plus, de son pouvoir discrétionnaire⁷³. Cependant, nombreux sont les observateurs qui ont considéré qu'eu égard à la nature de la menace, il aurait été inapproprié, voire insensé, de recourir à des mesures contraignantes ou coercitives⁷⁴. Nous ne partageons pas entièrement cet avis; aussi, allons-nous tenter, dans les développements suivants, de mettre en évidence les mesures obligatoires que le Conseil de sécurité peut mettre en place pour lutter efficacement contre des menaces sanitaires à la paix, et ce sans sortir du cadre constitutionnel de ses pouvoirs. Il s'agit, certes, des mesures traditionnelles d'intervention du Conseil dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationales (A), mais aussi de celles, plus novatrices, nées avec les nouvelles menaces à la paix des vingt dernières années (B).

A. Mesures classiques d'intervention du Conseil de sécurité dans le cadre du maintien de la paix et de la sécurité internationales, au service des préoccupations sanitaires internationales

Par mesures classiques, il faut entendre les sanctions économiques et le recours à la force, d'une part (1), et les opérations de maintien de la paix, d'autre part (2). À notre sens, les unes et les autres peuvent utilement être employées à des fins sanitaires.

72. Jean-Marie SOREL, « Le caractère discrétionnaire des pouvoirs du conseil de sécurité : remarques sur quelques incertitudes partielles », (2004) *R.B.D.I.* 462.

73. *Id.*

74. Dans ce sens, Louis BALMOND, préc., note 44, 17; Gian Luca BURCI et Jakob QUIRIN, préc., note 22.

1) *L'utilisation des sanctions économiques pour des finalités de santé publique*

Les observateurs ci-dessus évoqués ont, nous semble-t-il, raison sur un point : il serait, en effet, inapproprié et insensé de recourir à la force armée dans la lutte contre une menace d'ordre sanitaire qui, par définition, est une menace dont le responsable est « invisible ». Il serait donc absurde de chercher à l'atteindre par l'usage de la force⁷⁵.

En revanche, la logique des sanctions économiques permet leur usage non seulement à l'égard des États tiers (a), mais également à l'égard des États précédemment touchés par une crise sanitaire internationale (b), comme le Conseil a pu le faire dans d'autres circonstances.

a. *L'usage des sanctions économiques à l'égard des États tiers*

Pour saisir l'utilité du recours aux sanctions économiques à l'égard des États tiers dans le cadre d'une urgence sanitaire internationale, il faut se remémorer les réactions des États lors de la récente épidémie d'Ebola, et la gestion de cette crise par le Conseil de sécurité et l'OMS. En effet, face à la virulence de la maladie, la peur de sa propagation à l'extérieur de l'Afrique de l'Ouest a incité un grand nombre de pays à imposer diverses mesures réglementaires afin d'en empêcher l'infiltration sur leur territoire.

Cependant, s'il est vrai que les experts en santé publique reconnaissent la nécessité d'une prudence accrue de la part des États pour faire face à de telles crises, ils insistent sur le fait que les réponses draconiennes, telles que les interdictions de voyage et les quarantaines forcées, en plus de semer la peur, n'empêchent

75. Un usage de la force qui sera d'ailleurs exercé contre qui? Contre les États qui en sont déjà eux-mêmes victimes? Il est clair que non. Contre ceux qui refusent de coopérer avec le Conseil de sécurité et la communauté internationale pour faire face à ce fléau? Une telle mesure serait une réponse démesurée par rapport au mal qu'elle prétendrait combattre.

pas la propagation de la maladie⁷⁶, mais surtout exacerbent l'épidémie en entravant le flux des ressources médicales critiques pour les pays infectés et dissuadent les travailleurs de la santé de s'y rendre⁷⁷.

Sur la base de ces considérations, le Directeur général de l'OMS a déclaré, le 8 août 2014, que l'épidémie d'Ebola était une « urgence de santé publique de portée internationale », et a émis des « recommandations temporaires », adressées en partie aux pays touchés et en partie aux États tiers, visant à prévenir une nouvelle propagation de la maladie tout en évitant que les pays tiers n'adoptent des mesures disproportionnées ou n'isolent inutilement les pays touchés. Pour ce faire, il a par exemple déclaré que les pays tiers ne devaient pas imposer des interdictions générales de voyages ou d'échanges à l'encontre des pays ouest-africains frappés par le virus Ebola. Ces recommandations ont été étendues et révisées le 22 septembre et le 23 octobre de la même année⁷⁸. Dans sa résolution 2177 (2014), le Conseil de sécurité les a réitérées⁷⁹. Au paragraphe 9 de celle-ci, par exemple, il « demande instamment » aux États membres de mettre en œuvre les recommandations temporaires émises en vertu du RSI (2005).

76. Misti CRANE, « Ohio adopts mandatory Ebola quarantine for exposed workers », *The Columbus Dispatch*, 1^{er} novembre 2014, en ligne : <<http://www.dispatch.com/content/stories/local/2014/11/01/ohio-adopts-mandatory-ebola-quarantine-for-exposed-workers.html>> (consulté le 19 juillet 2016).

77. Richard KNOX, « Expert Opinion: Travel Bans and Quarantines for Ebola Could Backfire », WBUR 90.9, 27 octobre 2014, en ligne : <<http://www.wbur.org/commonhealth/2014/10/27/expert-ebola-travel-ban-backfire>> (consulté le 19 juillet 2016).

78. Ces recommandations sont disponibles à l'adresse suivante : OMS, *Comité d'urgence du RSI concernant la flambée de maladie à virus Ebola*, en ligne : <www.who.int/ihr/ihr_ec_ebola/fr/>.

79. Dans l'ensemble, la résolution contient un certain nombre d'instructions directes aux États membres et au secteur privé. Le Conseil « appelle » non seulement les États membres à lever les restrictions générales aux voyages et aux frontières, mais aussi à fournir des ressources d'urgence et l'assistance, y compris les capacités médicales déployables. Il « appelle » également les compagnies aériennes et les compagnies maritimes à maintenir des liens commerciaux et de transport (CONSEIL DE SECURITE, préc., note 9).

Ces recommandations ont été respectées de manière inégale par les différents États membres de la communauté internationale. Certes, beaucoup les ont suivies⁸⁰, mais selon le récent « Rapport du Groupe d'experts chargés de l'évaluation intérimaire de la riposte à Ebola », à peu près un quart des États membres de l'OMS les ont ignorées⁸¹, en prenant notamment des mesures excessives⁸².

La raison d'une telle disparité dans l'application de ces recommandations réside, nous semble-t-il, dans leur force juridique. En effet, les recommandations du Directeur général de l'OMS, formulées sur la base du RSI (2005), ne sont pas contraignantes, mais représentent de simples indications. Les États sont tout de même tenus de justifier leur action s'ils décident d'aller au-delà de celles-ci⁸³. Par conséquent, le Conseil de sécurité, en les reprenant de nouveau sous forme de recommandations, n'apporte aucune plus-value « juridique » aux prescriptions du Directeur général. En réalité, ces mesures auraient également pu être

-
80. « London airports to begin screening passengers for Ebola », *The Irish Times*, 9 octobre 2014, en ligne : <<http://www.irishtimes.com/news/world/us/london-airports-to-begin-screening-passengers-for-ebola-1.1957574>> (consulté le 19 juillet 2016) ; J.-F. REBORA, « Ebola, nouveau danger maritime? », (2014) *Le Droit Maritime Français* 967, 967-969.
81. OMS, *Rapport du Groupe d'experts chargés de l'évaluation intérimaire de la riposte à Ebola*, 8 mai 2015, par. 17, disponible à l'adresse suivante, en ligne : <<http://www.who.int/csr/resources/publications/ebola/ebola-panel-report-fr.pdf>> (consulté le 24 juillet 2017).
82. Aux États-Unis, par exemple, plusieurs États ont imposé des quarantaines obligatoires de 21 jours sur les voyageurs internationaux à « haut risque », en particulier sur les travailleurs bénévoles du monde de la santé revenant d'Afrique de l'Ouest (voir Misti CRANE, préc., note 76). De même, le Canada, après l'Australie, a suspendu, le 31 octobre « le traitement des demandes présentées par des ressortissants étrangers qui ont été physiquement présents dans un pays désigné par l'OMS comme ayant une propagation soutenue et à grande échelle de la maladie à virus Ebola » (voir Louis BALMOND, préc., note 44, 18). Enfin, certains pays africains ont refusé que de l'aide ou du matériel à destination des pays touchés par l'épidémie transite sur leur sol, ou que les volontaires des ONG viennent s'y reposer (voir Laurie GARRETT, « We Could Have Stopped This », *Foreign Policy*, 6 septembre 2014, en ligne : <<http://foreignpolicy.com/2014/09/06/we-could-have-stopped-this/>> (consulté le 24 juillet 2017).
83. OMS, *Règlement sanitaire international*, préc., note 61.

adoptées par le Conseil, soit dans une forme contraignante, soit appuyées par un régime de sanctions. Ceci n'est pas contraire à la logique de l'article 41 de la Charte des Nations Unies, auquel elles sont souvent rattachées, qui consiste à amener les entités responsables de la menace contre la paix, ainsi que ceux qui, par leur comportement, la prolongent ou l'entretiennent, à justement changer leur comportement de telle sorte que celui-ci ne soit pas ou plus un obstacle à la restauration de la paix et de la sécurité internationales⁸⁴.

Cependant, force est de constater que cette approche reste largement hypothétique tant elle est déconnectée de la réalité du fonctionnement du Conseil et de la prudence de ces programmes d'imposition de sanctions. Toutefois, il n'est pas impossible de la voir prendre forme dans un avenir proche, du moins, dans le cadre exclusif de l'OMS. En effet, dans le récent « Rapport du Groupe d'experts chargés de l'évaluation intérimaire de la riposte à Ebola », contenant des propositions concrètes pour réformer certains mécanismes juridiques de l'OMS pour la réponse aux urgences de santé, il y a une proposition qui envisage la possibilité d'imposer des sanctions en cas de non-conformité avec les recommandations techniques temporaires.

Par ailleurs, il n'est pas impossible de voir le Conseil de sécurité sanctionner également des États précédemment affectés par une crise sanitaire internationale.

b. L'usage des sanctions économiques à l'égard des États précédemment affectés par une crise sanitaire internationale

L'idée de sanctionner les États victimes d'épidémies a également été évoquée sur la scène internationale. En effet, lors de l'épidémie de SRAS en 2002-2003, des experts se sont demandé si les États qui ne partagent pas les informations de foyer doivent être sanctionnés par des organisations internationales telles que le

84. Mohammed BENNOUNA, « Les sanctions économiques des Nations Unies », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 300, 2002, p. 24.

Conseil de sécurité, l'OMC ou le Fonds monétaire international (FMI)⁸⁵. Cependant, cette option reste hypothétique, car elle reviendrait à accabler davantage des États déjà affaiblis par la lutte contre le fléau qui les assaille.

Ce qui serait, en revanche, plus aisément envisageable serait l'adoption de sanctions à l'encontre d'États précédemment affectés par une épidémie de portée internationale. Ainsi, dans un contexte post-crise sanitaire, lorsque, par exemple, les dirigeants politiques des pays concernés refusent de faire les réformes structurelles nécessaires en matière de santé publique pour ne plus connaître ce genre de situation, des sanctions pourraient être adoptées à leur encontre. En effet, puisque depuis quelques années, l'action du Conseil de sécurité ne se limite plus à faire cesser une menace contre la paix, mais également à traiter les causes sous-jacentes qui ont conduit à celle-ci, une lutte efficace contre les pandémies passerait aussi nécessairement par le renforcement post-crise des systèmes de santé. Une approche similaire est tentée par le Conseil dans sa résolution 2177 (2014) lorsqu'il « *[e]ncourage* les Gouvernements libérien, sierra-léonais et guinéen à poursuivre leurs efforts pour maîtriser ou atténuer les effets plus généraux de l'épidémie d'Ebola sur les plans politique, sécuritaire, socioéconomique et humanitaire, ainsi qu'à mettre sur pied des mécanismes de santé viables, efficaces et réactifs »⁸⁶. Mais il s'agit là encore de simples recommandations dépourvues de toute force juridique et non de mesures véritablement contraignantes.

Ce dernier type de mesures demeure cependant possible dans un tel contexte. Le Conseil a, en effet, déjà agi de la sorte, notamment au Libéria, au milieu des années 2000, lorsqu'il a conditionné la levée post-conflit des sanctions économiques à la mise en place de réformes économiques structurelles afin

85. Tine HANRIEDER, « The pandemic dilemma », *Völkerrechtsblog*, 31 août 2015, en ligne : <<http://voelkerrechtsblog.org/the-pandemic-dilemma/>> (consulté le 19 juillet 2016).

86. CONSEIL DE SECURITE, préc., note 9, art. 29.

d'instaurer la transparence et la bonne gouvernance dans ce pays⁸⁷. D'un point de vue pratique, la pertinence de ce précédent pour la présente situation doit tout de même être nuancée, car dans ce dernier cas, le pays en cause faisait déjà l'objet de mesures de sanctions économiques de la part du Conseil de sécurité. Il lui était donc plus facile de les maintenir à l'issue du conflit, chose moins évidente pour un État non préalablement soumis à un tel type de mesures et, de surcroît, ayant fait face à une crise sanitaire aigüe. En outre, le cas échéant, un défi supplémentaire serait de déterminer dans quels secteurs ou activités de telles sanctions pourraient être efficacement adoptées⁸⁸.

2) *La création d'opérations de maintien de la paix d'ordre sanitaire*

L'exemple concret d'opération de maintien de la paix employée pour faire face aux préoccupations sanitaires internationales est sans conteste la « Mission des Nations Unies pour l'action d'urgence contre Ebola (MINUAUCE) », créée le 19 septembre 2014, non pas par le Conseil de sécurité, mais par le Secrétaire général⁸⁹, et formalisée par l'Assemblée générale⁹⁰. La MINUAUCE représente une synthèse de la dimension sanitaire et des dimensions humanitaire, politique et sécuritaire plus larges de l'action entreprise. Elle n'est ni une « opération de maintien de la paix », ni une « mission politique »; selon les mots du Secrétaire général, sous l'autorité duquel elle est déployée, elle est une

87. Pour une étude approfondie sur la question, voir Cindy DAASE, « Libéria's Governance and Economic Management Assistance Programme – A New Model of Shared Sovereignty? », (2011) 71-3 *Heidelberg Journal of International Law* 493.

88. Selon nous, les seules mesures susceptibles d'être adoptées dans ce contexte, qui n'accablent pas outre mesure les États victimes, notamment leur population, seraient celles qui concernent les avoirs de leurs dirigeants politiques.

89. ASSEMBLEE GENERALE DU CONSEIL DE SECURITE, *Santé mondiale et politique étrangère*, Doc. N.U. S/2014/679 (17 septembre 2014).

90. ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Mesures to contain and combat the recent Ebola outbreak in West Africa*, Doc. N.U. A/RES/69/1 (19 septembre 2014).

« mission d'urgence de santé des Nations Unies »⁹¹. Elle a pour mandat de diriger et de coordonner la réponse du système des Nations Unies au virus Ebola en Afrique de l'Ouest⁹².

Il n'est donc pas impossible que, lors d'une future crise similaire, le Conseil s'inspire de ce précédent pour mettre en place une opération de maintien de la paix semblable, et même sur une base contraignante⁹³. Par ailleurs, il faut souligner que même si le Conseil n'a pas adopté de mesures d'application dans le cadre de sa résolution 2177 (2014), encore que, eu égard à son pouvoir discrétionnaire en la matière, il n'est pas tenu de le faire, sa détermination sur les implications de sécurité de l'épidémie d'Ebola a tout de même eu des effets normatifs et influencé, indirectement, ses actions en vertu du chapitre VII dans la sous-région, leur donnant une portée de plus en plus sanitaire⁹⁴.

91. CONSEIL DE SECURITE, *Paix et sécurité en Afrique*, Doc. N.U. S/PV.7268 (18 septembre 2014), p. 3.

92. *Id.* Ce mandat comprend 12 missions d'urgence assignées à la MINUAUCE, qui ont une portée plus directement sanitaire.

93. En effet, la MINUAUCE est établie sur une base consensuelle, à l'instar de la majorité des opérations de maintien de la paix des Nations Unies. Cependant, des crises surviennent parfois dans des pays, notamment en Asie ou en Afrique, qui sont assez réticents à l'idée de consentir à une quelconque intervention extérieure, même quand ils en ont le plus besoin. La référence au chapitre VII pourrait être, dans ce genre de situation, un instrument capital pour la levée du verrou de la souveraineté des États.

94. Le Conseil de sécurité a, par exemple, modifié le mandat de la Mission des Nations Unies au Libéria de telle sorte que celle-ci exhorte les dirigeants et les acteurs politiques à rechercher un accord en vue de faire des progrès dans la protection de la santé publique et à veiller à ce que les mesures prises en réponse à la situation d'urgence due à l'épidémie d'Ebola « ne dépassent pas les tâches absolument nécessaires à une telle urgence » : CONSEIL DE SECURITE, *Paix et sécurité en Afrique*, Doc. N.U. S/PV.7279 (14 octobre 2014), p. 6. De même, les opérations de maintien de la paix en Côte d'Ivoire et au Mali ont entrepris d'importants préparatifs pour répondre à une propagation potentielle de l'épidémie (*Id.*, p. 6-7). Dans ce contexte, la MINUAUCE assume une fonction de coordination pour les entités des Nations Unies qui opèrent dans la zone du foyer. Enfin et surtout, dans le cadre de la résolution 2188 du 9 décembre 2014, concernant la fin des sanctions sur les voyages et les armes à l'encontre de certaines cibles au Libéria, le Conseil a décidé de proroger les sanctions alors en vigueur aussi en raison de la crainte que le virus Ebola pourrait

À côté de ces mesures classiques, le Conseil dispose également de mesures plus novatrices pour faire face à ce nouveau type de menace.

B. Mesures novatrices d'intervention du Conseil de sécurité au titre du chapitre VII, au service des préoccupations sanitaires internationales

Depuis le début des années 2000, notamment avec l'accroissement de la lutte contre le terrorisme, le Conseil de sécurité est amené à prendre des mesures inédites. Celles-ci, pour la lutte contre les pandémies, peuvent se manifester par la coopération ou l'appui du Conseil de sécurité à des mesures prises ou recommandées par d'autres entités sur la scène internationale, notamment l'OMS et l'OMC d'une part (1), et les bailleurs de fonds internationaux d'autre part (2). La dissociation entre ces deux grandes familles d'institutions se justifie, dans notre étude, par la nature des prestations fournies.

1) *Coopération ou appui du Conseil de sécurité aux actions de l'OMS et l'OMC dans la lutte contre les pandémies*

a. *L'appui du Conseil de sécurité aux actions de l'OMS dans la lutte contre les pandémies.*

Cet aspect ayant déjà été abordé⁹⁵, il ne sera développé ici que de manière succincte. En effet, comme nous l'avons vu plus tôt, à l'occasion d'une crise sanitaire le Directeur général de l'OMS peut prononcer une USPPI. Celle-ci lui donne le droit de faire des recommandations aux États sur la conduite à tenir pour juguler la crise, mais ces recommandations n'ont pas de force juridique contraignante. Par conséquent, le Conseil de sécurité peut les reprendre sous forme de décision dans ses résolutions afin de leur octroyer une force contraignante à l'égard de leurs destinataires.

affecter la stabilité politique du pays et renverser les bénéfices de consolidation de la paix : CONSEIL DE SECURITE, *La situation au Libéria*, Doc. N.U. S/RES/2014 (9 décembre 2014).

95. Voir, *supra*, *L'usage des sanctions économiques à l'égard des États tiers*.

Une telle approche est sans doute moins brutale et radicale que le recours aux sanctions économiques pour les mêmes fins.

b. L'appui du Conseil de sécurité aux actions de l'OMC dans la lutte contre les pandémies.

Le Conseil de sécurité peut encore jouer un rôle important, cette fois dans le système OMC, en maintenant, de manière contraignante, les dispositions dérogatoires de l'accord portant sur les « aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce »⁹⁶, telles que réinterprétées par la « Déclaration ministérielle adoptée à Doha en novembre 2001 sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique »⁹⁷. En effet, conformément à ces dernières, confronté à un problème sanitaire, un pays peut autoriser sur son territoire l'importation ou la fabrication de produits génériques copiés du médicament sous brevet sans l'accord de son titulaire, le cas échéant moyennant une modeste redevance. Or, ces dernières années, un nombre grandissant de pays ont été amenés à adopter des législations pour mettre en œuvre des accords internationaux multilatéraux ou bilatéraux, dit « ADPIC-Plus »⁹⁸, renforçant considérablement la protection conférée aux droits de propriété intellectuelle⁹⁹.

96. Entre autres, la licence obligatoire et l'usage gouvernemental. Voir en ligne : <www.wto.org/indexfr.htm> (consulté le 27 juillet 2017).

97. ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, « Déclaration sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique », 14 novembre 2001, en ligne : <https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_trips_f.htm> (consulté le 19 juillet 2016) et « ADPIC et santé. Questions fréquemment posées », septembre 2006, en ligne : <https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/public_health_faq_f.htm> (consulté le 19 juillet 2016).

98. Matthew TURK, « Bargaining and Intellectual Property Treaties: The Case for a Pro-development Interpretation of TRIPS but not Trips Plus », (2010) 42 *New York University Journal of International Law & Politics* 981, 1004: « 'TRIPS Plus' refers to provisions in subsequent trade agreements between Members that increase the baseline level of IP protection ».

99. Sur ce point, voir Daniel DE BEER, préc., note 6 : « Par exemple, quatorze pays de l'Afrique de l'Ouest, reconnus de la famille des États les plus pauvres de la planète, sont liés depuis le mois de février 2002 par un nouvel Accord de Bangui. Non seulement celui-ci les prive de la faculté

Dans un tel contexte, pour permettre aux pays touchés par des épidémies de grande ampleur de faire face à de telles crises, le Conseil de sécurité pourrait suspendre temporairement¹⁰⁰ l'applicabilité de telles dispositions, et laisser s'appliquer pleinement les dérogations prévues par le texte de l'ADPIC, même si celles-ci sont difficiles à mettre en œuvre.

2) *L'appui du Conseil de sécurité aux actions des bailleurs de fonds internationaux dans la lutte contre les pandémies*

La coopération entre le Conseil de sécurité et les bailleurs de fonds internationaux, publics comme privés, dans la lutte contre les pandémies pourrait prendre une forme tout à fait différente de celle entretenue avec les précédentes institutions. Il ne s'agira pas pour lui, en effet, de rendre obligatoire une quelconque décision de ces institutions, mais plutôt de suspendre certaines de leurs activités à l'égard des pays touchés par de graves crises sanitaires afin de permettre à ceux-ci de se relever de la crise qui les affecte. En effet, dans la majorité des cas, les pays victimes d'une crise sanitaire internationale sont souvent des pays fragiles ou en développement¹⁰¹, lourdement endettés¹⁰².

d'attendre 2016 pour mettre en œuvre l'Accord ADPIC, mais il contient des dispositions dont l'effet est de rendre bien plus difficile et parfois impossible la mise en œuvre des mécanismes dérogatoires prévus par le texte de l'OMC ».

100. C'est seulement dans cette mesure que l'action du Conseil de sécurité pourrait se comprendre, laissant ainsi aux États, en période normale, le soin de décider librement de ce qui leur convient le mieux, au nom du principe de souveraineté. Pour une analyse des implications du principe de souveraineté sur l'action du Conseil de sécurité, voir Terry D. GILL, « Legal and some political limitations on the power of the UN Security Council to exercise its enforcement powers under Chapter VII of the Charter », (1995) 26-1 *Netherlands Yearbook of International Law* 33, 85-90.

101. Chiara GIORGETTI, « International Health Emergencies in Failed and Failing States », (2013) 44 *Georgetown Journal of International Law* 1347, 1359.

102. Pour une étude approfondie sur la question, voir Daniel BRADLOW, « Developing Countries Debt Crises, International Financial Institutions and International Law: Some Preliminary Thoughts », (2009) *German Yearbook of International Law*, 1-32, en ligne :

Certains observateurs ont pu constater que les opérations de prêts de certains bailleurs de fonds ou le remboursement de la dette contractée antérieurement peuvent saper les efforts de relèvement économique et social entrepris par des États victimes. Dans ces cas, à défaut d'imposer des politiques de prêts précises aux bailleurs de fonds¹⁰³, ce qui pourrait être considéré comme *ultra vires*¹⁰⁴, le Conseil peut se contenter de suspendre toute action en réclamation de la part des créanciers desdits États afin de leur permettre d'assurer leur redressement économique et social, comme ce fut le cas en Irak, à travers la résolution 1483 (2003), lors du processus international de reconstruction de cet État, à la suite de l'invasion américano-britannique¹⁰⁵.

Enfin, il faut aussi rappeler le rôle de « catalyseur » de fonds que joue le Conseil de sécurité en situation de crise. L'histoire a montré que chaque fois que le Conseil s'est saisi d'une question, cela a apporté une lumière particulière sur la situation en cause et démultiplié les promesses et les décaissements d'aide¹⁰⁶. À défaut

<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/view_content.cgi?article=1022&context=fac_works_papers> (consulté le 19 juillet 2016).

103. Sur le genre de mesure que le Conseil de sécurité pourrait interdire ou en suspendre temporairement la pratique dans des États faibles faisant face à une urgence sanitaire internationale, voir Renaud VIVIEN et Françoise WASSERVOGEL, préc., note 7.

104. Matthias GOLDMAN, préc., note 16, 155.

105. CONSEIL DE SECURITE, *La situation entre l'Irak et le Koweït*, Doc. N.U. S/RES/1483 (23 mai 2003), art. 22.

106. Kristen E. BOON, « "Open for Business": International Financial Institutions, Post-Conflict Economic Reform, and the Rule of Law », (2007) 39 *New York University Journal of International Law & Politics* 513, 516-569. Dans le cas précis de la crise épidémique Ebola en Afrique de l'Ouest, le FMI a offert un allègement de dette de 100 millions de dollars aux pays frappés par l'épidémie. Voir « Le FMI offre un allègement de dette de 100 millions de dollars aux pays frappés par Ebola », *M Planète*, 5 février 2015, en ligne : <http://www.lemonde.fr/planete/article/2015/02/05/le-fmi-offre-un-allegement-de-dette-de-100-millions-de-dollars-aux-pays-frappes-par-ebola_4571003_3244.html> (consulté le 19 juillet 2016); Le 16 septembre 2014, le Monde indiquait que le Conseil des administrateurs du Groupe de la Banque mondiale a approuvé un don de 105 millions de dollars pour financer les initiatives en cours visant à endiguer l'épidémie de fièvre Ebola en Guinée, au Libéria et en Sierra Leone. Voir « Le Groupe

donc de contraindre les bailleurs de fonds sur leur politique de prêts, le Conseil de sécurité arrive quand même, cependant, à sensibiliser la communauté internationale aux problèmes qu'il traite.

de la Banque mondiale finance la lutte contre Ebola », *La Banque mondiale*, 16 septembre 2014, en ligne : <<http://www.banquemondiale.org/fr/news/press-release/2014/09/16/ebola-world-bank-group-approves-grant-faster-epidemic-containment-guinea-liberia-sierra-leone>> (consulté le 19 juillet 2016).

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA SANTÉ PUBLIQUE, SOUS-LÉGALISÉE AU SEIN DE
L'ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ? UNE EXPLORATION
TWAIL D'UNE APPARENCE DE TECHNOCRATIE

Auteur(s) : Sabrina TREMBLAY-HUET

Revue : *RDUS*, 2016, volume 46, numéro 2

Pages : **325-356**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12119>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12119>

Page vide laissée intentionnellement.

LA SANTÉ PUBLIQUE, SOUS-LÉGALISÉE AU SEIN DE L'ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ? UNE EXPLORATION TWAIL D'UNE APPARENCE DE TECHNOCRATIE*

par Sabrina TREMBLAY-HUET**

Le préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) met de l'avant une conception de la santé comme droit humain de tous les peuples, et adopte ainsi une perspective de droit à la santé plutôt que de droit de la santé. Ce texte vise à comparer les pouvoirs normatifs dont dispose l'OMS pour réaliser un objectif de droit à la santé dans un contexte d'inégalités flagrantes et inacceptables, avec l'état actuel de son corpus normatif. L'auteure constate que la santé publique est sous-légalisée au sein de l'OMS et, inspirée des Third World Approaches to International Law (TWAIL), elle soutient que l'OMS n'assume pas pleinement ses capacités normatives afin de pallier les inégalités mondiales en matière de droit à la santé. Elle analyse cette sous-législation et les inégalités de mise en œuvre du droit à la santé sous l'angle d'une dualité souvent attribuée aux organisations internationales qui n'ont pas une fonction directement politique : celle de la technicité et de la politisation. Elle propose une réflexion sur l'identité technocrate de l'OMS, qui contribue à son tour à la réflexion plus large sur la disparité constatée. En guise de réflexion sur les pistes de solution, l'auteure présente le mouvement pour une convention-cadre sur la santé publique, tout en évitant de faire l'apologie de la légalisation.

The preamble to the Constitution of the World Health Organization (WHO) espouses the view that health is a universal human right. This article describes the potentiality and the limits of the WHO, not only with regard to legislative initiatives and its normative corpus, but also with a view to promoting a fundamental right to health in a world in which inequities are rampant. The writer asserts that the WHO has failed to fulfill its function regarding the promotion of a worldwide right to health. She points out the disparities between WHO's mission based on its normative powers of promoting a universal right to health and the inconsistent implementation of this right, attributable to the inherent vulnerability of international organizations which are not endowed with a direct political function, and thus subject to technicity and to politicization. The technocratic nature of the WHO is conducive to the disparities observed. Without opting for the enactment of laws as the sole solution, the writer discusses measures such as the adoption of a Framework Convention on Public Health.

*. La réflexion de cette communication et du texte s'ensuivant a été amorcée lors du séminaire de maîtrise JUR7660 - Modèles universels et régionaux d'organisation internationale, du professeur Bernard Duhaime, à l'Université du Québec à Montréal (UQAM). Ainsi, l'auteure souhaite remercier le professeur Duhaime pour ses commentaires ayant permis une évolution de sa pensée, ainsi que pour son encouragement quant à l'attrait de cette réflexion. L'auteure souhaite également remercier les personnes ayant assuré la révision par les pairs pour leurs commentaires et suggestions.

**. Candidate au doctorat en droit à l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

1. **Les inégalités en matière de santé publique entre le Nord global et le Sud global : la pertinence d'une réflexion liée aux TWAIL** 329
2. **L'OMS, ses compétences normatives et son cadre normatif actuel : une disproportion évidente** 336
3. **L'identité technocrate de l'OMS : l'œuf ou la poule?** 343
4. **Une solution, la Convention-cadre sur la santé publique?** 349
5. **Conclusion** 354

Le Sud global est nettement désavantagé en matière de santé publique par rapport au Nord global, en cohérence avec les inégalités qui caractérisent les relations internationales générales entre ces deux pôles¹. Le concept d'inégalités en matière de santé publique revêt une nature complexe et controversée. Les causes en sont nombreuses et souvent systémiques, c'est-à-dire que la nature même du système économique dans lequel nous vivons crée et reproduit inévitablement de telles inégalités. Malgré ces difficultés, le souhait de pallier ces inégalités se reflète dans la mission générale d'innombrables organisations internationales étatiques, organisations internationales non gouvernementales, et acteurs privés agissants sur la scène internationale tels que des multinationales ou des fondations.

L'Organisation mondiale de la Santé (ci-après, « OMS ») est l'organisation qui détient la responsabilité la plus élevée en matière de santé publique, puisqu'elle est l'organisme de coopération internationale le plus institutionnalisé et spécialisé concernant la santé mondiale. On a pu dire ainsi que « [t]here is no substitute for the WHO, with its incomparable normative powers and influence »². L'OMS ne constitue pas un organe onusien de protection des droits humains proprement dit, tel que le Conseil des droits de l'homme. Toutefois, l'esprit du préambule de sa Constitution nous permet d'aborder la santé en tant que droit humain de tous les peuples, et ainsi, dans une perspective de droit à la santé, plutôt que de droit *de* la santé sans position normative³. Ce texte permettra de saisir quelles sont les possibilités et les limites de l'organisation en matière d'actions législatives, ainsi que l'état actuel de son corpus normatif. Nous démontrerons, par la présente étude, que la santé souffre d'une sous-légalisation au sein de l'OMS. La thèse centrale

-
1. L'utilisation des termes Nord global et Sud global n'est pas motivée par la croyance de l'auteure en l'exactitude géographique ou idéologique de ces derniers, mais plutôt faute de termes plus adéquats pour représenter les réalités sociales abordées.
 2. Lawrence O. GOSTIN, *Global Health Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2014, p. 89.
 3. *Constitution de l'Organisation mondiale de la santé*, 7 avril 1946, (1948) 14 R.T.N.U. 185. Voir la section 1 de ce texte pour une explication plus poussée liée à la Constitution de l'OMS.

sera ainsi que l'OMS n'assume pas pleinement ses capacités normatives afin de pallier les inégalités mondiales en matière de droit à la santé.

Dans la première section de cette étude, nous présenterons des exemples parlants de disparités profondes en matière de santé publique entre le Sud global et le Nord global, dont l'existence est généralement connue. Le droit international entourant cette situation d'inégalité étant d'intérêt central pour les fins de notre réflexion, le courant des *Third World Approaches to International Law* (ci-après, « TWAIL ») y sera également décrit. Notons d'ailleurs que tous les arguments de cette note découlent d'une sensibilité théorique aux TWAIL. En somme, celle-ci permet d'étudier le droit international sous la perspective des États dits du « tiers-monde ». Cette théorie est caractérisée par la dénonciation de la subordination dans les rapports de pouvoir internationaux, de laquelle émane une lutte à l'injustice en découlant.

Il sera par la suite intéressant de s'interroger sur le cadre normatif de l'OMS relativement à ces inégalités, en tant que gardienne internationale principale du droit à la santé. La deuxième section sera ainsi constituée d'une présentation sommaire de l'OMS, de la conception de la santé en son sein – conception qui est mise en parallèle avec le droit à la santé en droit international selon d'autres instruments normatifs – et finalement, des compétences normatives prévues par sa Constitution.

Comme pour tous les autres droits humains, une concurrence existe entre la réalisation du droit à la santé et les autres intérêts dominants dans les relations internationales, notamment économiques. Il en ressort que la santé est souvent partie à une dynamique de contentieux et polémiques entre santé publique et commerce international. De ce fait, elle est victime des tiraillements politiques classiques qui s'ensuivent. L'analyse de ces tiraillements sous-tend une autre dualité souvent attribuée aux organisations internationales qui n'ont pas une fonction directement politique : celle de la technicité et de la politisation. Alors que les tenants du courant TWAIL se positionnent

ouvertement comme étant politisés, à savoir pour une justice accrue pour le Sud global au sein du droit international⁴, l'OMS apparaît souhaiter consolider une identité technique. Une réflexion sur l'identité technocrate de l'organisation sera ainsi offerte à la troisième section. Considérant les pouvoirs normatifs de l'OMS, et suivant un raisonnement lié aux TWAIL, il est proposé que le fait de ne pas adopter des normes plus explicites et contraignantes en la matière constitue une entrave à la lutte effective contre les inégalités en matière de santé publique.

Finalement, le mouvement pour une convention-cadre sur la santé publique sera abordé en guise de piste de solution, à la quatrième section. Ce projet émane d'une volonté de lutter de façon directe et explicite contre les inégalités entre le Nord global et le Sud global en matière de santé publique, par l'outil de la légalisation, étant donné l'espace vacant au sein de l'arène normative de l'OMS. Bien que le principal instigateur de l'idée ne s'inscrive pas au sein du courant TWAIL, l'argument consiste à dire que si l'on adopte une sensibilité théorique liée à ce courant, il est cohérent de plaider pour l'adoption d'une convention qui opère un contrepoids normatif contraignant au profit d'une amélioration des conditions de santé publique des populations du Sud global.

1. Les inégalités en matière de santé publique entre le Nord global et le Sud global : la pertinence d'une réflexion liée aux TWAIL

Cette section vise d'abord à saisir plus concrètement la disparité, malheureusement normalisée au sein de certains discours, entre la santé publique des populations du Nord global et celles du Sud global, en ayant recours à quelques exemples. La normalisation de ces inégalités est accomplie notamment par le fait que les États du Nord global sont souvent cités comme étant « riches » et « développés » par rapport aux États du Sud global. Ainsi, cela apparaît comme une situation triste, mais naturelle et

4. Makau MUTUA, « What is TWAIL? », (2000) 94 *American Society of International Law Proceedings* 31, 31.

irréversible, pour laquelle la seule option est une « aide au développement » selon, bien sûr, les termes du Nord global.

Pour de nombreuses maladies infectieuses, une disproportion notoire se manifeste par le pourcentage de la population affectée selon la région dans laquelle elle se trouve. Pour le cas de la malaria, l'OMS a récemment affirmé ceci : « Certains pays continuent de supporter une part disproportionnée du fardeau du paludisme. Dans 15 pays, principalement en Afrique subsaharienne, on a recensé 80 % du total mondial de cas de paludisme et 78 % du total mondial de décès. »⁵. Des ressources insuffisantes, en aval et en amont, expliquent notamment ce taux si élevé.

Quant à l'accès aux médicaments et vaccins, il est considérablement réduit pour les États du Sud global, pour plusieurs raisons, principalement d'ordre financier⁶. Notons en ce sens que les maladies affectant de façon disproportionnée ces États sont moins populaires en matière de financement de recherche. Cela s'explique par le fait que les remèdes seraient, en fin de compte, moins rentables pour les compagnies pharmaceutiques. On estime que seulement 10 % du financement pour la recherche biomédicale est affecté aux 90 % des causes des maladies du monde. Ainsi, le financement n'est pas proportionnel à la prévalence⁷. Encore ici, le système économique dominant, privilégiant le libre marché et la quête de capitaux, motive la

5. ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE, *Paludisme : la cible des objectifs du Millénaire pour le développement est atteinte mais 3 milliards de personnes demeurent exposées au risque*, en ligne : <<http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2015/malaria-mdg-target/fr/>> (consulté le 15 janvier 2016).

6. Lawrence O. GOSTIN, « Meeting basic survival needs of the world's least healthy people: toward a Framework Convention on Global Health », (2008) 96-2 *Georgetown Law Journal* 331, 367 et 368.

7. *Id.*, p. 369.

recherche en santé publique, plutôt qu'une quelconque considération philanthropique, telle que celle animant les discours internationaux de promotion des droits humains.

Ces inégalités flagrantes peuvent mener à des actions draconiennes en l'absence d'autres solutions apparentes. Un exemple de ceci est le refus de l'Indonésie, en 2006, de céder des souches du virus H5N1 aux laboratoires de l'OMS⁸. En effet, lorsque de nouvelles souches du virus de la grippe apparaissent, l'OMS demande aux États de céder des échantillons en vertu du « Cadre de préparation en cas de grippe pandémique » depuis 2011, auparavant connu comme le « Réseau mondial de surveillance de la grippe »⁹ au moment de cette situation impliquant l'Indonésie. Cela permet de développer rapidement de nouveaux vaccins.

Pour justifier ce refus, l'Indonésie a invoqué sa souveraineté sur ses ressources biologiques par la *Convention sur la diversité biologique*¹⁰. L'article 3 de cette convention énonce le principe la guidant, débutant ainsi : « Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement [...]. »¹¹. La motivation de l'Indonésie à ne pas partager ces échantillons émanait d'une frustration à la suite d'un épisode où une compagnie pharmaceutique australienne développa et surtout breveta un vaccin, créé à partir de souches fournies par

8. L. O. GOSTIN, préc., note 2, p. 100.

9. ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE, *Influenza*, en ligne : <http://www.who.int/influenza/gisrs_laboratory/en/#> (consulté le 8 avril 2016).

10. David P. FIDLER, « Influenza Virus Samples, International Law, and Global Health Diplomacy » (2008) 141 *Emerging Infectious Diseases* 88.

11. *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, (1993) 1760 R.T.N.U. 79.

l'Indonésie à l'OMS, sans l'accord de cet État ou sa collaboration, et le fait que cela ne soit pas un incident isolé¹².

Ainsi, le problème se résume comme suit : « Developing countries provided information and virus samples to the WHO-operated system; pharmaceutical companies in industrialized countries then obtained free access to such samples, exploited them, and patented the resulting products, which the developing countries could not afford. »¹³. Cela incarne donc un exemple de complications pour les pays du Sud global à accéder équitablement aux ressources de santé publique, ainsi que de l'exploitation privée de la santé. Il est clair qu'un profond sentiment d'injustice se développe à la suite de tels événements récurrents.

David P. Fidler est d'avis que l'Indonésie a posé cet acte controversé avec les moyens à sa disposition dans le but de renverser le *statu quo* qui entourait la situation problématique, usant des pouvoirs liés à sa souveraineté afin de mener à terme son action de confrontation. À l'époque, cet acte aurait également tiré parti du fait que la nouvelle version du *Règlement sanitaire international*¹⁴ n'entrait en vigueur qu'en juin 2007 suivant. En effet, même si le nouveau texte ne contient pas de disposition explicite à l'égard d'une obligation de céder des échantillons nationaux à l'OMS, des interprétations dominantes affirment que cela lui est implicite¹⁵.

Outre ces exemples de situations factuelles, un exemple phare de normativité internationale privilégiant les intérêts dominants du Nord global en matière de santé est certes celui de

12. D. P. FIDLER, préc., note 10, p. 88.

13. *Id.*

14. ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE, *Règlement sanitaire international*, 2e éd., Genève, OMS, 2005, en ligne : <http://www.who.int/csr/ihr/IHR_2005_fr.pdf>.

15. D. P. FIDLER, préc., note 10, p. 89-92.

l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)¹⁶. L'accord se veut un incitatif financier pour les compagnies pharmaceutiques à produire des médicaments par l'émission de brevets, qui assure un « retour sur l'investissement »¹⁷. Si un médicament « satisf[ait] aux critères fondamentaux de brevetabilité, à savoir, la nouveauté, l'activité inventive et l'applicabilité industrielle », il pourra être admissible à un brevet pour une durée de 20 ans¹⁸. En 2001 et ensuite en 2003, l'Accord sur les ADPIC a subi des modifications « permettant aux pays pauvres d'importer plus facilement des médicaments meilleurs [sic] marché dans le cadre de licences obligatoires, si ces pays ne sont pas en mesure de fabriquer eux-mêmes les produits »¹⁹. Ce système permet aux pays ciblés de négocier d'abord une licence volontaire, et si ceci aboutit à un résultat non raisonnable en matière d'accessibilité, une licence obligatoire pourra alors être octroyée²⁰. La licence obligatoire permet donc à ces pays de produire des génériques d'un médicament protégé par un brevet²¹. Si ces pays n'ont pas les ressources pour produire ces médicaments, le système incorpore également une mesure d'accès facilité à ces médicaments²². Bien entendu, le système de licences obligatoires ne plaît pas à l'industrie ni à certains États constituant des puissances économiques, qui imposent plusieurs obstacles à son application. En effet, ce système a permis à plusieurs États d'être fort concurrentiels par rapport à un médicament donné lorsque le brevet de celui-ci expire, dans la commercialisation d'un générique

16. *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 15 avril 1994, (1995) 1867 R.T.N.U. 3, Ann. 1C.

17. Marie-Catherine CHEMTOB-CONCE, « Brevets pharmaceutiques et santé publique des pays en développement » (2005) 70 *Médecine & Droit* 23, 23.

18. *Id.*, p. 24.

19. Caroline MASCRET, « Licences obligatoires de médicaments pour les pays connaissant des problèmes de santé publique : mythe ou réalité juridiques? » (2011) 110 *Médecine & Droit* 211, 211.

20. *Id.*, p. 212.

21. M.-C. CHEMTOB-CONCE, préc., note 17.

22. C. MASCRET, préc., note 19.

(plutôt que l'usage interne permis par le système de licence obligatoire)²³. Les obstacles à l'obtention et la mise en œuvre de ces licences, toutefois, sont importants et nombreux. Des contournements s'opèrent également; lors des négociations d'entrée à l'Organisation mondiale du commerce (ci-après, « OMC »), « the high-income countries are able to exploit a developing country's need to share in the benefits of the global trade regime to extract further concessions for the benefit of their pharmaceutical companies »²⁴. Au bout du compte, « [a]s TWAIL scholars have pointed out, international law has been used and continues to be used to exploit and marginalize the Third World and TRIPS [l'Accord sur les ADPIC] appears to be an example of part of this continuum of exploitation and marginalisation »²⁵.

Dans tous les cas, les inégalités sont flagrantes en matière de santé publique entre le Nord global et le Sud global. Les TWAIL affirment que le cadre normatif du droit international, en soi, dans la plupart de ses manifestations, maintient les États du Sud global dans un état de subalterne aux États du Nord global, en favorisant les intérêts de ces derniers. De ce fait, le régime du droit international est illégitime dans sa forme actuelle. Il tire ses racines de l'époque coloniale, époque à laquelle le droit international a été utile et légitimant pour l'entreprise colonisatrice, par exemple en créant la notion de peuples civilisés²⁶. Il s'agit d'un positionnement manifestement *politique* face au droit international, contre l'ordre

-
23. Bruno BODIN, « Droit à la santé et coopération internationale : les déficiences institutionnelles », (2005) 129-1 *Mondes en développement* 75, 80.
 24. Rudolf V. VAN PUymbroeck, « Basic Survival Needs and Access to Medicines – Coming to Grips with TRIPS: Conversion + Calculation », (2010) 38-3 *Journal of Law, Medicine & Ethics* 520, 532.
 25. Daniel WANJAU MURIU, « Third World Resistance to International Economic and Structural Constraints: Assessing the Utility of the Right to Health in the Context of the TRIPS Agreement », (2009) 11-4 *International Community Law Review* 409, 427.
 26. M. MUTUA, préc., note 4, p. 31.

mondial intrinsèquement injuste dont le régime normatif international est considéré comme la légitimation²⁷. Ce système normatif consolide et reproduit la notion d'un « Autre » qui est le Sud global à l'époque contemporaine²⁸, alors qu'auparavant il s'agissait notamment de peuples « sauvages » en opposition aux peuples « civilisés ». En somme, « issues of material distribution and imbalances of power have been historically present in the way in which international legal concepts, categories, norms and doctrines have been produced and understood since colonial times »²⁹.

Puisqu'il y a absence de cadre normatif contraignant en matière de santé publique qui vise à pallier directement les inégalités en la matière, la structure des relations internationales telle que consacrée dans le droit international actuel contribue à maintenir des conditions inégales. Celles-ci favorisent une surreprésentation des trop nombreux problèmes de santé évitables des populations des États du Sud global, que ce soit en matière d'accessibilité financière aux traitements, de manque de ressources humaines en santé, de conditions sanitaires propices à l'éclosion de maladies facilement évitables liées à des économies en difficulté, etc.

Quelles sont les positions des TWAIL en matière d'actions à entreprendre au regard du droit international, constituant donc en quelque sorte les « possibles » réponses aux inégalités Nord global/Sud global? Nous reprenons ici les catégories proposées par Luis Eslava et Sundhya Pahuja³⁰. La première position est celle de la *réforme* : les actions demeurent dans le cadre normatif reposant sur les structures actuelles du droit international, puisque l'on croit qu'il n'y a pas de mécanisme alternatif viable. Le travail à faire est donc celui de rendre le droit international plus juste au sein du système en place. La deuxième position est celle de l'*opposition* :

27. *Id.*, p. 36.

28. Luis ESLAVA et Sundhya PAHUJA, « Beyond the (Post)Colonial: TWAIL and the Everyday Life of International Law », (2012) 45-2 *Journal of Law and Politics in Africa, Asia and Latin America* 195, 196.

29. *Id.*, p. 201.

30. L. ESLAVA et S. PAHUJA, préc., note 28.

demeurant également dans le système actuel du droit international, l'opposition est automatique à toutes ses composantes normatives. On prône ainsi une reconstruction complète de celles-ci. La troisième position est celle de la *révolution* : cette perception du droit international est que celui-ci est incompatible, irréconciliable avec une justice pour toutes et tous. Il faut alors voir à le remplacer, considérant qu'il demeurera toujours inévitablement impérialiste. Il s'agit tout de même d'une position plus rare parmi les chercheuses et chercheurs TWAIL. Présument que la première ou la deuxième position sont ainsi généralement préférées, une voie à explorer est celle d'une convention-cadre sur la santé publique.

2. L'OMS, ses compétences normatives et son cadre normatif actuel : une disproportion évidente

L'OMS est une institution spécialisée de l'Organisation des Nations Unies (ci-après « ONU »), dont le domaine attribué est la santé. Ainsi, il s'agit de la principale organisation internationale en matière de santé publique, outre les différentes autorités régionales. La création de l'OMS était déjà prévue lors des discussions pour la création des Nations Unies en 1945, et cela a été chose accomplie en avril 1948, lors de l'entrée en vigueur de sa Constitution³¹.

Ce n'est toutefois pas la première organisation supranationale en matière de santé. Les Amériques ont été les précurseurs par la création du Bureau sanitaire panaméricain en 1902, et dans la même veine du thème sanitaire ont vu le jour en 1907 l'Office international d'hygiène public, et en 1923 l'Organisation d'hygiène de la Société des Nations. Cette dernière organisation est l'ancêtre la plus près de l'actuelle OMS³². L'on

31. ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *History of WHO*, en ligne : <<http://www.who.int/about/history/en/index.html>> (consulté le 15 janvier 2016).

32. Jean Marie CROUZATIER, *Droit international de la santé*, Paris, Éditions des Archives Contemporaines, 2009, p. 23.

devine ainsi que les origines de l'OMS ne sont pas ancrées dans un souci de droit à la santé, mais bien de *contrôle sanitaire*; les intérêts étaient ainsi majoritairement d'intérêt national étatique et non à vocation philanthropique³³. En effet, la coopération entre États en matière de santé débuta au 19^e siècle, à l'heure de la révolution industrielle. Celle-ci amena un développement fulgurant des moyens de transport, et donc une augmentation conséquente du commerce, ayant pour résultat de propulser la transmission de maladies infectieuses, et donc transmissibles. Ceci poussa les États à collaborer afin de réduire ces fléaux dispendieux en ressources, notamment humaines³⁴. L'historique plus détaillé menant à la naissance de l'OMS est indissociable des relations économiques se consolidant et des conflits escaladant. Pour Lawrence O. Gostin, « [i]t is impossible to understand global health institutions and politics without seeing the connections to trade, war, and geostrategic interests. These relationships of power and politics continue to influence global health priorities and agendas today »³⁵.

La Constitution de l'OMS³⁶ opéra donc par son adoption, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, un schisme avec la conception pragmatique de la santé qui prévalait dans les missions des organisations de santé publique qui l'avaient précédée. Ce texte normatif fondateur définit la santé au sein du préambule : « La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité. »³⁷. Le préambule affirme de plus que « la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue *l'un des*

33. *Id.*

34. *Id.*; David P. FIDLER, « The Challenges of Global Health Governance », *Council on Foreign Relations*, Mai 2010, p. 4, en ligne : <<http://www.cfr.org/global-governance/challenges-global-health-governance/p22202>> (consulté le 15 janvier 2016).

35. L. O. GOSTIN, préc., note 2, p. 91.

36. *Constitution de l'Organisation mondiale de la santé*, préc., note 3.

37. *Id.*, préambule.

droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique ou sociale »³⁸. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un article de la Constitution liant juridiquement les États parties, il demeure que son inclusion dans le préambule guide l'interprétation du contenu.

L'article 1 énonce que « le but de l'Organisation mondiale de la Santé [...] est d'amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé possible »³⁹. Puisque cet article fait partie du corps du traité, il est donc contraignant pour les États parties. Il est ainsi important de noter que l'OMS a été fondée dans un contexte de promotion de la santé comme un droit humain universel, conceptualisé de façon holistique. Cela va bien au-delà d'une mission de gestion des propagations de maladies. Cela est en ligne avec la tendance de l'époque vers la reconnaissance d'un tel droit, dans le contexte de l'émergence du régime de droit international de protection des droits humains, à la suite de la création des Nations Unies au lendemain de la Seconde Guerre mondiale.

Un survol du droit à la santé en droit international permet de situer l'innovation de la définition de la Constitution de l'OMS. Le droit à la santé en tant que droit humain a été consacré avec quelques mois d'avance sur la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (ci-après, « DUDH ») de décembre 1948⁴⁰ par le système régional interaméricain. Cette consécration s'est accomplie dans la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* d'avril 1948, en son article 11 intitulé « Droit à la préservation de la santé et au bien-être »⁴¹. La DUDH confirmera le droit à la santé quelques mois plus tard, à l'échelle internationale, en son article 25 : « Toute

38. *Id.* (nos italiques).

39. *Id.*, art. 1.

40. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. 217 A (III), Doc. off. A.G.N.U., 3^e sess., suppl. n° 13, p. 17, Doc N. U. A/810 (1948).

41. ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS, *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, Doc. Off. OEA/Ser.L/V.II.23/Doc.211 (1948), art. 11.

personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires [...]. »⁴². Dans le cas de ces deux déclarations, il s'agit d'instruments de droit souple, et donc ces articles ne lient pas juridiquement les États signataires.

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté en 1966, consacrera ce droit humain à la santé de façon contraignante pour les États parties, par son article 12 qui énonce : « [L]es États parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre. »⁴³.

Bref, le contexte normatif international s'est transformé au milieu du siècle dernier. Cette transformation a eu pour résultat de conceptualiser la santé comme un droit humain, plutôt qu'uniquement comme une gestion de la transmission de maladies outre les frontières géographiques. Bien évidemment, ce second élément fait toujours partie de la mission de l'OMS. Nous verrons toutefois comment la mission liée au premier élément est sous-légalisée, malgré son inclusion centrale au sein de la Constitution de l'OMS.

En matière de compétences normatives, d'un intérêt central pour le propos de ce texte, l'article 2 de la Constitution de l'OMS énumère ses fonctions. L'une de celles-ci est de « proposer des conventions, accords et règlements, faire des recommandations concernant les questions internationales de santé et exécuter telles tâches pouvant être assignées de ce fait à l'Organisation et

42. *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, préc., note 40.

43. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 19 décembre 1966, (1976) 993 R.T.N.U. 3.

répondant à son but »⁴⁴. Il s'agit donc d'une compétence normative très large.

La compétence de l'OMS en matière de conventions est décrite plus précisément aux articles 19 et 20 de sa Constitution; l'Assemblée de la Santé peut adopter des conventions « se rapportant à toute question entrant dans la compétence de l'Organisation »⁴⁵, et celles-ci doivent être adoptées à une majorité des deux tiers. Les conventions adoptées en ce sens sont présumées acceptées et soumises aux mesures internes de ratification par tous les États membres, à moins d'une déclaration à cet effet au Directeur général.

La seule convention ayant à ce jour été adoptée par l'OMS est la *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac* de 2003⁴⁶, triomphant de la forte pression et de la campagne d'opposition des compagnies de tabac⁴⁷. Ce long processus d'adoption démontre notamment que les enjeux de santé publique sont intimement liés à des enjeux de commerce international. Particulièrement dans le contexte de l'OMC, « [f]or those concerned with equity, there is a fear that trade liberalization places the interests of rich countries and multinational corporations ahead of the health and lives of the world's poor »⁴⁸. À titre de comparaison, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science, et la culture (UNESCO) a adopté 27 conventions et deux accords⁴⁹. L'Organisation internationale du

44. *Constitution de l'Organisation mondiale de la santé*, préc., note 3, art. 2.

45. *Id.*, art. 19.

46. *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*, 21 mai 2003, (2005) 2302 R.T.N.U 166.

47. Jeff COLLIN et al., « Global Health Governance and the Commercial Sector: A Documentary Analysis of Tobacco Company Strategies to Influence the WHO Framework Convention on Tobacco Control », (2012) 9-6 *PLoS Med* e1001249.

48. L. O. GOSTIN, préc., note 2, p. 271.

49. ORGANISATION DES NATIONS UNIES POUR L'ÉDUCATION, LA SCIENCE, ET LA CULTURE, *Conventions*, en ligne : <http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=

travail (ci-après, « OIT »), quant à elle, en a adopté 189⁵⁰. Il est d'ailleurs intéressant pour notre propos de mentionner que l'OIT classe celles-ci en conventions fondamentales, conventions de gouvernance, ainsi que conventions *techniques*, ces dernières étant vastement majoritaires. Il va sans dire que l'OMS n'a su faire usage de façon active du pouvoir normatif d'adopter des conventions, tel que l'ont accompli plusieurs autres organisations internationales.

En matière de règlements, la compétence de l'OMS est décrite aux articles 21 et 22⁵¹; l'Assemblée peut adopter des règlements contraignants uniquement sur des sujets très précis, énumérés à l'article 21. Ici, les États sont présumés être parties, sauf s'ils font une déclaration contraire au Directeur général. Cette pratique est peu fréquente en droit international; cela équivaut au fait que « the WHO Constitution permits the imposition of binding obligations without a state's express assent »⁵². Le *Règlement sanitaire international* est l'une des consécutions de cette compétence et a pour but la prévention et la coordination en cas d'événements de santé publique à l'échelle mondiale, pour éviter une propagation transnationale, « en évitant de créer des entraves inutiles au trafic et au commerce internationaux »⁵³. L'aspect de protection du commerce demeure donc tout à fait central aux considérations d'actions à entreprendre par l'OMS. De plus, malgré cette légalisation, la déclaration d'une urgence de santé publique de portée internationale (ci-après, « USPPI ») n'a été utilisée que trois fois depuis l'entrée en vigueur du nouveau Règlement de 2007,

12025&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=-471.html> (consulté le 15 janvier 2016).

50. ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Conventions*, en ligne : <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12000:0::NO::>> (consulté le 15 janvier 2016).

51. *Constitution de l'Organisation mondiale de la santé*, préc., note 3., art. 21 et 22.

52. L. O. GOSTIN, préc., note 2, p. 111.

53. ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE, préc., note 14.

permettant « de constater la méfiance initiale de l'OMS dans l'utilisation de sa compétence de qualification d'USPPI »⁵⁴. Ayant été fortement critiquée pour sa lenteur de réaction face à la crise du virus Ebola, l'OMS a réagi plus rapidement face à la récente situation du virus Zika⁵⁵.

Finalement, l'OMS peut adopter des recommandations non contraignantes « en ce qui concerne toute question entrant dans la compétence de l'Organisation », tel qu'énoncé à l'article 23⁵⁶. Elle a par exemple adopté le *Code international de commercialisation des substituts du lait maternel* de 1981, sous la forme d'une recommandation au lieu d'un règlement contraignant à la suite de l'opposition des États-Unis et la pression de multinationales en faisant commerce⁵⁷. Des enjeux économiques ont ici également entravé une avancée normative de santé publique.

On peut donc aisément constater que la santé est très peu légalisée par rapport aux larges pouvoirs normatifs de l'organisation, particulièrement eu égard aux processus d'adoption spécifiques à l'OMS. La santé est manifestement considérée en tant que droit humain selon la Constitution de l'OMS, en cohérence avec les autres textes normatifs internationaux pertinents de protection des droits humains. Il apparaît donc incohérent que l'organisation ait un corpus normatif contraignant aussi minime par rapport aux autres entités internationales de protection des droits humains. Serait-ce lié à son identité technocrate, soit en tant qu'explication, soit en tant que justification? Ainsi, est-ce que la sous-législation de la santé publique au sein de l'OMS peut être interprétée à la lumière du fait que l'organisation s'identifie comme n'étant pas responsable d'une légalisation accrue? Ou bien est-ce que cette

54. Florian KASTLER, *Après le virus Ebola, le virus Zika : la réaction de l'OMS (enfin) dans les temps?*, en ligne : <<http://www.chairesante.ca/articles/2016/apres-le-virus-ebola-le-virus-zika-la-reaction-de-loms-enfin-dans-les-temps/>> (consulté le 8 avril 2016).

55. *Id.* Il est à noter que l'auteur estime que les lacunes de l'OMS en termes de recommandations faisant suite à cette déclaration d'USPPI sont tout de même problématiques et qu'il faut y remédier.

56. *Constitution de l'Organisation mondiale de la santé*, préc., note 3, art. 23.

57. J. M. CROUZATIER, préc., note 32, p. 34.

concentration sur la technicité est une façon d'éviter d'assumer cette responsabilité, responsabilité que l'on peut déduire à la lecture de sa Constitution?

3. L'identité technocrate de l'OMS : l'œuf ou la poule?

Le vocabulaire de la technicité est utilisé de façon particulièrement fréquente pour caractériser le travail de l'OMS. Des exemples récents peuvent être nommés : la *Stratégie technique mondiale contre le paludisme 2016–2030*⁵⁸, le *Manuel technique de l'OMS sur l'administration des taxes prélevées sur le tabac*⁵⁹, ou encore la *Mise à jour technique des directives de la prise en charge intégrée des maladies de l'enfant*⁶⁰. En somme, « the WHO has eschewed norm setting, preferring scientific and technical solutions to the deep-seated problems of global health »⁶¹.

Que faut-il donc entendre par identité technocrate, ou bien apparence, volonté de technocratie? C'est à comprendre en opposition à une identité ouvertement politisée. L'analyse de la professeure Eve Seguin est fort intéressante pour notre propos. Elle a exploré le concept de technocratie, qui a pour corollaire le technocrate, « vecteur à l'incorporation de la science dans la

58. ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE, *Stratégie technique mondiale contre le paludisme 2016–2030*, en ligne : <http://www.who.int/malaria/areas/global_technical_strategy/fr/> (consulté le 17 décembre 2016).

59. ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE, *Manuel technique de L'OMS sur l'administration des taxes prélevées sur le tabac*, en ligne : <http://www.who.int/tobacco/publications/economics/tax_administration/fr/> (consulté le 17 décembre 2016).

60. ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE, *Mise à jour technique des directives de la prise en charge intégrée des maladies de l'enfant (PCIME)*, en ligne : <http://www.who.int/maternal_child_adolescent/documents/9241593482/fr/> (consulté le 17 décembre 2016).

61. L. O. GOSTIN, préc., note 2, p. 113.

politique »⁶². Cette exploration s'accomplit par l'angle du lien entre la science et la politique, riche en paradoxes et conflits d'intérêts. Elle pose que « la science exerce une fonction politique en peuplant la sphère publique d'objets scientifiques qui se transforment ainsi en autant d'enjeux politiques »⁶³. Une politisation des activités de l'OMS, bien que liées à un domaine « médicalisé » et donc scientifique, ne peut pourtant pas être évitée en pratique. C'est dire que même s'il existe une volonté d'apparaître technocrate, ou une justification d'inaction pour raison d'une identité technocrate, cela voile des motivations et effets politiques inévitables. Ceci est donc en ligne avec une position voulant que la science ne soit, malgré sa prétention, pas neutre, en raison de toutes les circonstances entourant les recherches ou en prévenant leur réalisation.

Cette politisation est en apparence contraire aux prétendues technocraties qui en seraient ainsi théoriquement immunes. Elle est explorée de façon fort intéressante par la professeure Anne Peters, qui démontre cela par l'historique d'organisations internationales et leurs ancêtres, commissions et unions administratives. Le résultat est une constatation que les intérêts économiques étaient présents même dans les manifestations organisationnelles qui se voulaient les plus techniques⁶⁴. Elle propose que :

[F]ace à la complexité croissante de la vie sociétale au XIXe siècle, induite par l'essor des innovations techniques, l'industrialisation et les sciences, les gouvernements ressentirent un net besoin d'expertise « technique » pour gouverner le pays et s'acquitter de leurs fonctions administratives. C'est ce que l'on pourrait appeler le début de la « technocratie » au sens premier de « gouvernement des experts ».⁶⁵

62. Eve SEGUIN, « L'analyse politique de la science. Technocratie versus discours scientifique », (1996) 9-36 *Polix* 181, 181.

63. *Id.*, p. 182.

64. Anne PETERS, « Le cheminement historique des organisations internationales entre technocratie et démocratie », dans Vincent CHETAIL (dir.), *Mélanges à Peter Hagggenmacher*, Leiden, Brill, 2011, p. 487.

65. *Id.*, p. 525.

Cette logique est également manifestement présente au sein de plusieurs organisations internationales, l'OMS ne faisant pas exception.

La politisation de l'OMS a été apparente à plusieurs reprises, de façon mineure ou majeure. Notons quelques exemples juridiques. Le bureau régional de la Méditerranée orientale a fait l'objet d'un avis consultatif de la Cour internationale de justice (ci-après « CIJ »), demandé par l'OMS concernant ses relations avec l'Égypte et la division régionale y étant installée⁶⁶. La demande de cet avis a fait suite à la signature des Accords de Camp David en 1978, qui ébranlèrent les pays arabes opposés à l'apaisement entre l'Égypte et Israël. De ceci découla un boycottage du bureau régional situé à Alexandrie, et une requête indiquant que le bureau soit déplacé hors d'Égypte⁶⁷. L'avis de la Cour est prudent; il sera affirmé que l'Égypte et l'OMS ont au fil des ans construit un régime juridique contractuel les liant et leur imposant des obligations de bonne foi dans la négociation et la poursuite de cette situation de crise⁶⁸. En avril 1982, les relations entre les États arabes et Israël s'améliorèrent relativement, puisqu'Israël remit le Sinaï à l'Égypte⁶⁹. Il s'ensuit donc que le bureau régional pour la Méditerranée orientale est aujourd'hui encore situé en Égypte, toutefois au Caire⁷⁰. L'OMS se trouva donc impliquée dans un conflit politique contextualisant les activités d'un de ses bureaux régionaux. Les activités d'une organisation internationale ne se déroulent pas en

66. *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 65.

67. Christine GRAY, « The International Court's Advisory Opinion on the Who-Egypt Agreement of 1951 », (1983) 32-2 *International Comparative Law Quarterly* 534, 534.

68. *Id.*, p. 539.

69. *Id.*, p. 541.

70. ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE, *WHO EMRO - About Us*, en ligne : <<http://www.emro.who.int/entity/about-us/>> (consulté le 15 janvier 2016).

vase clos, et les contextes sociaux affectent nécessairement celles-ci.

L'OMS demanda à la CIJ un autre avis consultatif sur la licéité, dans le cadre du droit international, de l'utilisation d'armes nucléaires par un État dans un conflit armé. Selon un conseiller juridique du département d'État des États-Unis ayant présenté la position américaine dans ce contexte, « [t]hese requests for advisory opinions were stimulated by the efforts of a group of antinuclear nongovernmental organizations that created the "World Court Project" for the purpose of securing an opinion by the ICJ declaring any threat or use of nuclear weapons to be unlawful »⁷¹. Ce groupe aurait donc réussi à convaincre l'OMS de demander un tel avis consultatif⁷². La CIJ a rendu sa réponse en 1996⁷³. Elle refusa d'accorder cet avis sous cette forme en invoquant le système à compétence générale des Nations Unies qui comprend des institutions spécialisées, l'OMS ayant donc une compétence sectorielle associée à la santé, une telle spécialisation excluant de son champ de compétence la licéité d'un acte international⁷⁴. Il est évident que l'utilisation d'armes nucléaires a un effet important sur la santé publique de plusieurs populations. La grande politisation de la possession de l'arme nucléaire, possession qui n'est pas généralisée entre les États, politise aussi nécessairement une telle demande d'avis consultatif, puisque l'organisation s'immisce directement dans le débat quant à la licéité de son utilisation ou de la menace d'une telle utilisation par ses détenteurs.

Mentionnons finalement que l'Assemblée générale des Nations Unies adopta depuis 2008 plusieurs résolutions sur le sujet

71. Michael J. MATHESON, « The Opinions of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons », (1997) 91-3 *AJIL* 417, 417.

72. *Id.*

73. *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil* 1996, p. 66.

74. *Id.*, p. 76, 80 et 81.

de la *Santé mondiale et politique étrangère*, dans lesquelles elle rappelle le rôle de chef de file de l'OMS en matière de santé mondiale, et dans lesquelles elle fait le lien entre la santé, la politique étrangère, les politiques sociales et économiques ainsi qu'environnementales. D'intérêt particulier pour notre propos est ce passage du préambule de la résolution adoptée le 11 décembre 2014⁷⁵ :

Noting the role of the Foreign Policy and Global Health Initiative in promoting synergy between foreign policy and global health and that health inequities within and between countries cannot only be addressed within the health sector by technical measures, or only at the national level, but also require global engagement for health, which is rooted in global solidarity and shared responsibility.⁷⁶

Ici, comme dans le cas des déclarations mentionnées précédemment, cette résolution n'a pas de valeur contraignante. Cela permet toutefois de prendre note de la conceptualisation effectuée par la « communauté internationale » de la santé publique. Celle-ci est donc explicitement liée à la politique et, dans le contexte de cette déclaration de principes, à la lutte aux inégalités. Il faut toutefois considérer que les appels à l'OMS au sein de ces résolutions sont formulés en matière de soutien technique, alors que les appels politisés sont faits aux États membres de l'ONU. Ainsi, le rôle politique de l'OMS, malgré un lien évident reconnu entre politique et santé publique, n'est pas explicitement nommé et attribué.

En ce sens, l'OMS a fréquemment été accusée de techniciser la santé, laissant de côté les enjeux liés aux injustices dans ce

75. *Santé mondiale et politique étrangère*, Doc. Off. A.G.N.U., 69e sess., Doc. N.U. A/RES/69/132 (2014).

76. *Id.*, au préambule.

domaine. Selon le professeur Benjamin Mason Meier, « WHO intentionally neglected human rights discourse during crucial years in the development and implementation of the right to health, projecting itself as a technical organization above “legal rights.” Where WHO neglected human rights, it did so to the detriment of public health »⁷⁷. Lors des premières décennies de son existence, l'OMS adopta une approche verticale « disease-specific », médicalisée et technicisée, laissant ainsi de côté des approches concrètes liées aux déterminants sociaux de la santé et au développement de systèmes de santé universels les adressant⁷⁸. Il s'agit presque ici d'un retour à la lignée historique des organisations internationales pré-ONU en matière de santé, qui constituent les ancêtres directes de l'OMS ou carrément certains de ses bureaux régionaux, qui se voulaient des coordonnateurs de crises sanitaires mondiales pour des intérêts commerciaux, tel qu'exposé ci-dessus. Il s'agirait, selon le professeur Obijiofor Aginam, d'une « undue medicalization of public health »⁷⁹. Et ce, malgré l'adoption d'une Constitution avant-gardiste en matière de conceptualisation de la santé.

Cette identité technocrate est potentiellement une protection souhaitée contre des allégations de politisation. La professeure Peters met de l'avant l'image positive que reflète une technicité apparente. En effet, elle est « considérée comme un facteur déterminant non seulement de légitimité, mais aussi d'efficacité »⁸⁰. Ainsi, outre les reproches liés à une identité technocrate, il semble que celle-ci soit maintenue en raison de ses avantages perçus. Une technocratie se voudrait à l'abri de disputes politiques considérées comme n'étant pas objectives. Or, nous avons constaté à quel point cette perspective est illusoire. De plus, considérant les inégalités

77. Benjamin Mason MEIER, « Global Health Governance and the Contentious Politics of Human Rights: Mainstreaming the Right to Health for Public Health Advancement », (2010) 46 *Stanford Journal of International Law* 1, 2.

78. *Id.*, p. 25 et 26.

79. Obijiofor AGINAM, *Global Health Governance: International Law and Public Health in a Divided World*, Toronto, University of Toronto Press, 2005, p. 73.

80. A. PETERS, préc., note 64, p. 41.

criantes et surtout évidentes en matière de santé publique, n'est-ce pas là, dans cette trop grande neutralité d'actions en la matière, la source des critiques les plus justifiées? Comment opérer une séparation entre les actions techniques et les causes de la disproportion dans les populations affectées et dans l'accès aux ressources disponibles? Est-ce réellement suffisant, afin de réaliser la mission que s'est donnée l'OMS par sa Constitution, de simplement répondre aux crises de santé publique en ignorant le système en place qui en favorise l'éclosion?

Nous nous garderons ici de présenter l'argument central des Critical Legal Studies voulant que le droit soit politique, et dans le cas de l'objectivité de la technicité médicale, d'entamer une réflexion quant au fait que la science occidentale, dominante, subordonne les autres types de savoirs médicaux. Nous nous en tiendrons au questionnement suivant : malgré l'identité technocrate de l'OMS, est-ce possible que sa politisation *dans la pratique* la mène à céder à une sous-légalisation, avantageant de ce fait les intérêts dominants du Nord global au détriment du Sud global? Nous ne proposons pas une équation simpliste suivant laquelle une plus grande légalisation mènerait nécessairement à une amélioration de la santé publique et une diminution des inégalités en la matière. Nous proposons toutefois qu'en l'absence d'une légalisation expressément en ce sens, les relations internationales en matière de santé publique se trouvent subordonnées à d'autres cadres normatifs dans lesquels le Sud global est défavorisé, un exemple flagrant étant le cas du commerce international, quant à lui fortement légalisé.

4. Une solution, la Convention-cadre sur la santé publique?

Si l'on adopte la voie TWAIL de demeurer à l'intérieur de la structure actuelle du droit international, par la réforme ou l'opposition, le projet de Lawrence O. Gostin, soit celui d'une convention-cadre sur la santé publique, est fort intéressant à explorer. La proposition d'une convention-cadre sur la santé publique tire ses racines concrètes d'un article publié en 2008 dans

le Georgetown Law Journal⁸¹. Se formera ensuite le Joint Action and Learning Initiative on National and Global Responsibilities for Health (ci-après, « JALI »)⁸². Le JALI est une coalition d'universitaires et groupes de la société civile militant pour l'élimination des inégalités en matière de santé publique et appuyant explicitement la proposition de professeur Gostin (dont l'institut de recherche duquel il fait partie⁸³ est membre de la coalition, le O'Neill Institute for National and Global Health Law, au Georgetown University Law Center). Ensuite, une plateforme pour la promotion de l'idée de convention-cadre a également été lancée. Cette plateforme reçoit les commentaires de celles et ceux qui souhaitent participer et permet d'appuyer formellement le projet⁸⁴.

L'argument de la nécessité d'une convention-cadre pour répondre à cette crise majeure d'inégalités en matière de santé publique émane du fait qu'alors qu'il existe un droit à la santé dans le régime international de protection des droits humains, celui-ci est surtout compris comme étant le droit à la santé des populations nationales des États parties⁸⁵. La convention a ainsi notamment pour objectif la coordination de tous les acteurs en santé publique, et la réalisation d'actions visant la santé primaire pour toutes et tous plutôt qu'une maladie ou une épidémie en particulier⁸⁶. Concrètement, la convention-cadre contiendrait des objectifs et structures pour une gouvernance équitable de la santé publique,

81. L. O. GOSTIN, préc., note 6.

82. Lawrence O. GOSTIN et al., « The Joint Action and Learning Initiative: Towards a Global Agreement on National and Global Responsibilities for Health » (2011) 8-5 *PLoS Med* 1.

83. O'NEILL INSTITUTE FOR NATIONAL AND GLOBAL HEALTH LAW, *About Us – Our Team*, en ligne : <<http://www.law.georgetown.edu/oneillinstitute/faculty/index.cfm>> (consulté le 15 janvier 2016).

84. GLOBAL HEALTH TREATY, *Platform for a Framework Convention on Global Health (FCGH)*, en ligne : <<http://www.globalhealthtreaty.org>> (consulté le 15 janvier 2016).

85. L. O. GOSTIN, préc., note 6, p. 343.

86. *Id.*, p. 383 et 384.

avec un accent très clair sur les populations les plus désavantagées. Elle inclurait également un mécanisme de surveillance et de mise en œuvre, impliquant une collecte coordonnée de données empiriques, la création d'un fonds institutionnel (qui offrirait aux États en bénéficiant des contributions plus prévisibles et non pas sporadiques), etc.⁸⁷.

Gostin cite comme exemple de bonnes pratiques les approches « innovatrices » qui sont incluses dans le *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*⁸⁸. Celles-ci comprennent l'inclusion du concept de responsabilités communes, mais différenciées entre le Nord global et le Sud global (déjà très présent en droit international de l'environnement), la création d'un fonds géré par la Banque mondiale et des sanctions commerciales en tant que mécanisme de mise en œuvre⁸⁹.

L'intérêt pour le Nord global de souscrire à une telle convention est représenté, entre autres, par une amélioration des conditions sanitaires menant à une meilleure protection contre le développement et la propagation d'épidémies susceptibles d'atteindre ces États, une meilleure certitude quant à la façon dont les fonds attribués par les États donateurs sont dépensés par les États receveurs, ainsi qu'à long terme par des gains économiques liés à une meilleure santé des populations qui en bénéficient⁹⁰.

Gostin plaide pour une légalisation accrue au sein de l'OMS notamment dans son ouvrage « Global Health Law », publié récemment aux Harvard University Press :

87. *Id.*, p. 388 et 389.

88. *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, 16 septembre 1987, 1522 R.T.N.U. 3, [1989] R.T. Can. n° 42.

89. L. O. GOSTIN, préc., note 6, p. 387.

90. L. O. GOSTIN et al., préc., note 82, p. 4.

The justification for norm creation is not simply that it is mandated by the WHO Constitution but also that it will drive change far better than scientific and technical support alone. Norm development can set the global health agenda, guide priorities, harmonize activities, and influence the behavior of key state and nonstate actors.⁹¹

Le propos de ce texte n'est cependant pas que les actions « top-down » comme une légalisation par une entité internationale sont préférables aux actions « bottom-up » dans la lutte pour une amélioration des droits humains, mais plutôt qu'en matière de légitimité intersubjective de ces actions « bottom-up », il est pertinent que les actions « top-down » soient cohérentes et y ajoutent. En effet, un appui normatif international est un outil de plus pour démontrer la légitimité d'actions, particulièrement d'organisations non gouvernementales, adoptant ce même combat de lutte aux inégalités injustes en matière de santé publique.

Bien que Gostin insiste surtout sur les inégalités matérielles et statistiques en matière de disproportion des atteintes à la santé, le propos de ce texte est surtout d'insister sur le *contrepoids normatif* qu'offrirait une convention-cadre. Les hiérarchies normatives qui sont structurelles dans le contexte du droit international actuel ont le potentiel de se voir opposer un contrepoids de taille par une convention-cadre telle que le propose Gostin, considérant que la santé est aussi essentielle à la réalisation de tous les autres droits humains. La santé est d'autant plus fréquemment subordonnée à d'autres droits humains en sa qualité de droit économique, social et culturel. Selon une perspective TWAIL modérée, c'est-à-dire acceptant la limite de demeurer au sein du système normatif en place, la notion de contrepoids normatif prend tout son sens, puisqu'il s'agit de tenter de rectifier la subordination du Sud global sous-tendant le droit international dominant par l'adoption de normes luttant directement contre cette subordination.

91. L. O. GOSTIN, préc., note 2, p. 120.

Même si une telle convention-cadre n'était pas adoptée, si des discussions sérieuses au niveau international en ce sens étaient tenues, ces hiérarchies devraient être dévoilées et adressées afin de constater les oppositions au projet. De tels débats internationaux ouverts permettraient donc minimalement la mise en place d'une discussion directe sur la question. Une telle discussion permettrait de confronter plus sérieusement les acteurs à leurs réelles positions, considérant qu'il s'agirait d'un potentiel droit contraignant les liant juridiquement. La perspective tiers-mondiste sur les effets en matière de santé publique dans le Sud global du droit international actuel pourrait également être présentée, et ainsi contribuer à la réflexion sur ce qu'implique cette lacune normative.

Pourquoi l'adoption d'une telle convention-cadre n'est-elle pas encore un fait accompli? Est-ce lié à l'identité technocrate de l'OMS, qui se garde de chercher à trop légaliser son domaine? Ou autrement formulé, est-ce en raison du fait que « [s]ocial justice smacks of radicalism, redistribution, "color revolutions," and crowds in the street, whereas health is professional, timid, and mostly takes place in hospitals »⁹²? Le droit international serait donc considéré comme de la « haute politique », à laquelle l'OMS ne souhaite pas prendre part⁹³.

Ou encore, est-ce parce que la concurrence normative est perçue comme trop féroce, surtout par rapport au droit du commerce international et de la propriété intellectuelle? Est-ce parce que l'histoire de la santé publique est trop liée au confinement des épidémies plutôt qu'à un souci d'équité ou de santé pour toutes et tous dans une logique de droit à la santé, malgré le revers

92. Scott BURRIS et Evan D. ANDERSON, « A Framework Convention on Global Health: Social Justice Lite, or a Light on Social Justice? (Innovative Solutions to Closing the Health Gap Between Rich and Poor: A Special Symposium on Global Health Governance) » (2010) 38-3 *Journal of Law, Medicine & Ethics* 580, 589.

93. L. O. GOSTIN, préc., note 6, p. 378.

normatif de la Constitution de l'OMS? Est-ce simplement qu'en contexte de financement insuffisant face aux nombreux besoins criants⁹⁴, investir des ressources dans des efforts de légalisation n'est pas considéré comme une priorité? Dans tous les cas, il semble clair qu'il faille agir. Le droit international public, régime normatif du droit international des droits humains prônant l'universalité ainsi que l'indivisibilité de ces droits, ne peut demeurer si peu dédié à réduire les inégalités en matière de santé publique. Les actions des organisations non gouvernementales ainsi que de fondations privées sont certes nécessaires, voire fondamentales; un cadre normatif légitimant celles-ci semble toutefois également inévitable afin d'augmenter la cohésion et la cohérence des actions en ce sens.

5. Conclusion

Malgré ses pouvoirs normatifs extensifs, l'OMS n'a pas opté pour l'adoption de plusieurs instruments contraignants, tel que cela est le cas pour de nombreux autres organes onusiens. Il semble donc que l'organisation n'assume pas pleinement le rôle que lui offre sa compétence normative, l'assistance technique étant la voie d'action qu'elle favorise. La dépolitisation apparente par la volonté de technocratie de l'OMS camoufle maladroitement une politisation pourtant évidente. Qui plus est, il semble incomplet de souhaiter réaliser la mission énoncée dans la Constitution de l'OMS en n'agissant que sur les effets des disparités injustes en matière de santé publique. Une légalisation contraignante de la santé publique dans un cadre de droit à la santé (plutôt que droit *de* la santé) est une voie de lutte contre les inégalités lorsque cette lutte en est l'objectif fondamental, si ce n'est que dans la mise de l'avant du débat public dans lequel sont impliqués États, acteurs privés et société civile entourant l'adoption d'un traité.

94. L. O. GOSTIN, préc., note 2, p. 90.

Un instrument de droit contraignant entré en vigueur récemment, en 2014, est toutefois encourageant considérant son objectif : le *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique*⁹⁵. Par exemple, considérant que les populations autochtones sont souvent les gardiennes de connaissances traditionnelles, l'article 12 énonce que :

En mettant en œuvre les obligations qui leur incombent en vertu du présent Protocole, les Parties, en conformité avec leur droit interne, tiennent compte, s'il y a lieu, du droit coutumier des communautés autochtones et locales ainsi que de leurs protocoles et procédures, pour tout ce qui concerne les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

Certaines initiatives normatives de droit souple, c'est-à-dire non contraignantes, méritent également d'être mentionnées, puisqu'elles constituent tout de même des discours d'opposition aux normes dominantes, surtout à impératifs commerciaux. Le pouvoir émancipateur du droit souple est non négligeable, particulièrement dans un monde de relations sociales intersubjectives. Au sein de l'OMS, par exemple, a été adoptée la *Déclaration d'Alma-Ata sur les soins de santé primaires*⁹⁶, qui affirme notamment que « les inégalités flagrantes dans la situation sanitaire des peuples, aussi bien entre pays développés et pays en

95. *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique*, en ligne : <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-fr.pdf>> (consulté le 15 janvier 2016).

96. ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE, *Déclaration d'Alma-Ata*, 12 septembre 1978, en ligne : <http://www.who.int/hpr/NPH/docs/declaration_almaata.pdf> (consulté le 15 janvier 2016).

développement qu'à l'intérieur même des pays, sont politiquement, socialement et économiquement inacceptables et constituent de ce fait un sujet de préoccupation commun à tous les pays. ». Plus récemment, la *Déclaration politique de Rio sur les déterminants sociaux de la santé*⁹⁷ énonce entre autres que :

Nous réaffirmons que les inégalités en matière de santé dans chaque pays et entre les pays sont politiquement, socialement et économiquement inacceptables, mais aussi le plus souvent injustes et évitables, et que la promotion de l'équité en santé est essentielle au développement durable, à une meilleure qualité de vie et au bien-être de tous, facteurs qui contribuent à la paix et à la sécurité.

Mentionnons finalement que des organisations non gouvernementales produisent également des textes normatifs souples tels que la *Charte populaire pour la santé* du *People's Health Movement*⁹⁸. Ainsi, une utilisation accrue et stratégique de normes de droit souple existantes constitue peut-être une voie de solution alternative immédiate ayant un potentiel non négligeable.

97. ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE, *Déclaration politique de Rio sur les déterminants sociaux de la santé*, 21 octobre 2011, en ligne : <http://www.who.int/sdhconference/declaration/Rio_political_declarati on_French.pdf?ua=1> (consulté le 15 janvier 2016).

98. PEOPLE'S HEALTH MOVEMENT, *Charte populaire pour la santé*, en ligne : <<http://www.phmovement.org/sites/www.phmovement.org/files/phm-pch-french.pdf>> (consulté le 15 janvier 2016).

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

- Titre :** *NOTE INTRODUCTIVE*
INSTITUT D'ÉTÉ DE JURILINGUISTIQUE
(10e édition)
- Auteur(s) :** Anne-Sophie HULIN, Robert LECKEY
- Revue :** *RDUS*, 2016, volume 46, numéro 2
- Pages :** **357**
- ISSN :** 0317-9656
- Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

Page vide laissée intentionnellement.

NOTE INTRODUCTIVE

INSTITUT D'ÉTÉ DE JURILINGUISTIQUE (10^e édition)

Chaque année, le Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé organise, dans la cadre du Réseau des Centres de jurilinguistique du Canada, une journée d'étude estivale dédiée à la jurilinguistique. Cet Institut d'été de jurilinguistique réunit alors des conférenciers d'ici et d'ailleurs ainsi plus d'une centaine de participants, tous d'horizons professionnels juridiques variés. Célébrant sa dixième édition, l'Institut d'été du 10 juin 2016 a été l'occasion d'offrir un panorama à la fois théorique, pratique et comparé des enjeux qui animent la jurilinguistique. Dès lors, nous avons eu le plaisir de recevoir la professeure Marie Cornu (Université Paris Ouest, France) et le professeur Jean-Claude Gémard (Université de Montréal) afin qu'ils nous partagent leurs réflexions sur l'apport de la linguistique pour l'accès au droit. À travers l'exemple des droits d'auteurs et du patrimoine culturel, la professeure Cornu nous rappelle, ainsi, la richesse de la lexicographie dans la compréhension du droit tandis que le professeur Gémard nous entraîne au cœur de l'épopée jurilinguistique canadienne.

Nous remercions l'ensemble des contributeurs à cette journée ainsi que la *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*. Nous remercions également le ministère de la Justice du Canada qui, au moyen du Fonds d'appui à l'accès à la justice dans les deux langues officielles, nous a apporté son soutien financier pour l'organisation de l'événement. Surtout, c'est avec grand plaisir que nous voyons ces deux textes, initialement présentés lors de l'Institut d'été au Centre Crépeau, publiés dans la *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, le Centre Crépeau entretenant, depuis des décennies, de profondes relations avec les collègues de cette Faculté de droit.

Anne-Sophie Hulin
Directrice adjointe
Centre Crépeau

Robert Leckey
Doyen
Titulaire de la Chaire Samuel Gale
Ancien directeur du Centre Crépeau

Montréal, octobre 2017

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : RÉFLEXIONS AUTOUR DE LA DÉFINITION JURIDIQUE EN DROIT
D'AUTEUR/COPYRIGHT ET EN DROIT DU PATRIMOINE CULTUREL

Auteur(s) : Marie CORNU

Revue : *RDUS*, 2016, volume 46, numéro 2

Pages : **359-389**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12121>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12121>

Page vide laissée intentionnellement.

RÉFLEXIONS AUTOUR DE LA DÉFINITION JURIDIQUE EN DROIT D'AUTEUR/COPYRIGHT ET EN DROIT DU PATRIMOINE CULTUREL

par Marie CORNU*

Dans le domaine de la jurilinguistique, la recherche du sens des termes juridiques a une place importante pour la compréhension des règles et des systèmes de droit. La question de l'accès au droit y est centrale. Les dictionnaires, lexiques, glossaires ou autres outils de définition du vocabulaire juridique sont très utiles dans la mesure où la loi ou la jurisprudence ne donnent pas toujours, d'une façon synthétique, l'ensemble des clés de compréhension des notions juridiques. J'ai choisi à ce titre d'évoquer deux dictionnaires juridiques : le Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright et le Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel. Ces travaux de lexicographie en droit ont été conçus dans une perspective particulière de comparaison entre plusieurs systèmes de droits.

In the field of jurilinguistics, the search for the true meaning of legal terms plays an important role in understanding the rules relating to systems of law. The issue of access to the law is of primary importance. Dictionaries, lexicons, glossaries or other tools for defining legal vocabulary are very useful when the legislation or jurisprudence fails to provide in a synoptic manner, the various elements necessary for understanding certain legal concepts. In this article, particular reference is made to two legal dictionaries, the Dictionnaire compare du droit d'auteur et du copyright and the Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel. These works on legal lexicography have adopted a comparative approach.

*. Directrice de recherche au CNRS, Institut des Sciences sociales du Politique – ISP, ENS Paris-Saclay, Université Paris Nanterre, CNRS, France.

SOMMAIRE

I.	L'exercice de définition, voie d'accès au droit	362
1.	La pluralité des sources	363
2.	La diversité des fonctions	366
3.	La diversité des méthodes	371
II.	Les dictionnaires, expérience lexicographique et lexicologique	375
1.	Le choix et traitement des mots	377
2.	La mise en comparaison	382
Conclusion		388

La réflexion qui suit s'inscrit dans le cadre général de l'impact que peut déployer, sur la pratique du droit, la jurilinguistique, discipline née au Canada « des difficultés présentées par la traduction des textes juridiques »¹. D'apparition récente, cette science auxiliaire du droit, dans le monde francophone, « désigne aujourd'hui la recherche sur la langue juridique qui se fonde sur la linguistique »². Elle se place en cela au carrefour de plusieurs disciplines : la sémiologie, la sémantique, la lexicographie, la lexicologie, la traductologie notamment, avec, pour objet, l'étude des « signes linguistiques que le droit emploie et des énoncés [qu'il] produit »³. Dans ce champ de la jurilinguistique ou de la linguistique juridique⁴, la recherche et la restitution du sens des termes juridiques occupent une place importante au service de la compréhension des règles et des systèmes de droit. La question de l'accès au droit y est centrale. C'est l'exercice auquel se livrent, par excellence, les dictionnaires, lexiques, glossaires ou autres outils de définition du vocabulaire juridique, instruments d'autant plus utiles que la loi ou la jurisprudence ne donnent pas toujours, d'une façon synthétique, l'ensemble des clés de compréhension des notions qu'elles manient.

J'ai choisi à ce titre d'évoquer deux dictionnaires juridiques : le *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*⁵ et le

-
1. Jean-Claude GÉMAR, « De la lettre à l'esprit. L'épopée de la jurilinguistique canadienne [dans ce numéro].
 2. Heikki E.S. MATTILA, *Jurilinguistique comparée. Langage du droit, latin et langues modernes*, texte français par Jean-Claude GÉMAR, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 10, ouvrage qui offre une réflexion très substantielle sur cette science du droit, ainsi que Jean-Claude GÉMAR et Nicholas KASIRER (dir.), *Jurilinguistique. Entre langues et droits – Jurilinguistics. Between Law and Language*, Montréal, Thémis/Bruylant, 2005.
 3. Gérard CORNU, *Linguistique juridique*, 3^e éd., coll. « Précis Domat », sous-coll. « Privé », Paris, L.G.D.J., 2005, p. 1.
 4. C'est ainsi que la dénomme la doctrine française.
 5. Marie CORNU, Isabelle de LAMBERTERIE, Pierre SIRINELLI et Catherine WALLAERT (dir.), *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, Paris, CNRS Éditions, 2003.

*Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel*⁶. Ces travaux de lexicographie en droit ont été conçus dans une perspective particulière, ce qui en fait toute la complexité. Ce sont des outils qui ont pour visée de mettre en comparaison plusieurs systèmes de droits et qui ont nécessité la participation de chercheurs de plusieurs pays travaillant sur ces domaines de spécialité. Par cette entrée des mots, ces dictionnaires donnent non seulement des clés de compréhension des droits étudiés, mais également des clés de comparaison entre ces systèmes de droit. Il y a par conséquent un double plan de lecture : un mode de circulation interne à chaque droit et une mise en correspondance des différents droits.

Avant d'entrer plus concrètement dans l'atelier de fabrication de ces dictionnaires et d'en décrire le processus (II), il est nécessaire de rappeler les caractéristiques de l'unité de base de ces outils : la définition, matière première des dictionnaires, « voie privilégiée d'accès à la connaissance des mots et des choses »⁷ (I).

I. L'exercice de définition, voie d'accès au droit

Le *Vocabulaire juridique* français contient une définition de la définition, signe de l'importance que cet exercice revêt dans la discipline du droit. Elle est l'« opération (et énoncé qui en résulte) par laquelle la loi principalement, la jurisprudence (dans le cas de définitions prétorienne consacrées) et la doctrine caractérisent une notion, une catégorie juridique par des critères associés »⁸. Cet énoncé est suivi d'un certain nombre d'autres indications sur la typologie des définitions (réelle ou formelle), sur les notions en voisinage et les faux amis, éléments qui, pris ensembles nous éclairent tout à la fois sur la diversité des sources, des fonctions et

6. Marie CORNU, Catherine WALLAERT et Jérôme FROMAGEAU, *Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel*, Paris, CNRS Éditions, 2012.

7. Louis-Marie SCHMIT, *Les définitions en droit privé*, thèse de doctorat, Toulouse, Université Toulouse 1 Capitole, 2015, p. 13 et plus généralement sur ce thème de la définition en droit civil français sous une approche historique et de droit positif.

8. Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, sous l'égide de l'Association Henri Capitant, 11^e éd., coll. « Quadriges », Paris, Presses Universitaires de France, 2016, sous « définition ».

des méthodes de la définition comme énoncé de droit, au sein d'autres opérations intellectuelles auxquelles se livrent les juristes.

1. La pluralité des sources

Un premier élément de cette définition donne une bonne idée de la pluralité des sources possibles de la définition : la loi vient bien sûr en premier, quoiqu'elle occupe une place inégale dans les systèmes de common law et les pays de droit civil. Les lois anglo-américaines ont plus volontiers recours aux définitions légales limitant ainsi le jeu de l'interprétation⁹. Mais s'il est vrai que les cultures juridiques se séparent dans leurs méthodes d'énonciation du droit, les différences aujourd'hui tendent à s'estomper. L'évolution vient notamment du droit contemporain européen¹⁰, lequel fait un usage substantiel de la définition, mais on pourrait aussi en dire autant de nos droits internes. Le droit privé contemporain regorge de ces définitions, par exemple dans la récente réforme du droit des obligations en France ou encore dans le projet de réforme du droit des biens¹¹. Y figure la définition, jusque-là absente, de la notion de patrimoine telle que nous l'avait enseignée Aubry et Rau, dans les pas de Zachariae¹².

-
9. En ce sens, René DAVID, avec la collab. de Harold C. GUTTERIDGE, et de Ben A. WORTLEY, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Paris, Recueil Sirey, 1948, p. 110.
 10. Sur ce parallèle et sur l'influence du modèle, voir L. M. SCHMIT, préc., note 7, p. 90, qui indique que « les définitions des règlements et directives européens présentent des caractéristiques – nature terminologique et portée limitée à un texte – qui ne sont pas sans rappeler la manière anglo-saxonne de définir dans les lois ».
 11. Il n'y a pas moins de 24 définitions dans l'avant-projet de réforme du Livre II relatif au droit des biens dans le Code civil français et non des moindres : celle de patrimoine, de bien, de droit réel, etc. Voir Hugues PÉRINET-MARQUET (dir.), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, coll. « Carré droit », LexisNexis, 2009.
 12. Les deux professeurs français ont construit la théorie du patrimoine au XIX^e siècle, « s'inspirant du jurisconsulte allemand Zachariae » : Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., coll. « Droit fondamental », Paris, Presses Universitaires de France, 2008, n°8 g.

Aux côtés de la loi, la jurisprudence constitue une autre source précieuse. Dans son travail de qualification, qui consiste à passer au tamis du droit, des actes ou des faits et de les faire entrer dans des catégories juridiques, le juge se livre aussi à une activité définitoire. Quand il ne pose pas de définition à proprement parler, il apporte des précisions sur les éléments constitutifs de telle ou telle notion ou catégorie juridique. Tout n'est pas dans la loi. Ce faisant, il contribue à les caractériser en dégagant des critères, par exemple lorsque, par délégation du législateur, il délimite les contours d'une notion-cadre. La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi statué sur la qualification d'« œuvre de l'esprit » à propos d'une photographie de portrait « susceptible, en vertu de l'article 6 de la directive 93/98, d'être protégée par le droit d'auteur à condition [...] qu'une telle photographie soit une création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci lors de la réalisation de cette photographie »¹³. L'activité du juge peut encore consister à préciser des notions par l'éviction de certains critères. La Cour d'appel de Paris se penche ainsi sur l'« acte de restauration » d'une oeuvre, « par essence exclusif de toute notion de création originale, puisque, s'il nécessite [...] de grandes connaissances historiques et une parfaite maîtrise des techniques, il a pour finalité de restituer à une œuvre originale son état ancien ou sa forme première »¹⁴. L'analyse contribue ici à cerner tant la nature du geste créateur que celle de l'activité de restauration.

La doctrine est une troisième source abondante, au travers de multiples productions : ouvrages, traités, articles, essais,

13. *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH et al.*, Affaire C-145/10, 1^{er} décembre 2011, par. 94, en ligne : <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115785&pageIndex=0&doclang=F&R&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=19015>> (consulté le 6 août 2017). Dans le maniement du critère de l'originalité, les juges européens développent ici, d'une façon quelque peu inattendue, une vision personnaliste de l'œuvre.

14. Paris, 11 février 2004, R.I.D.A., n° 201, juillet 2004 p. 311 et suiv., note Perbost.

vocabulaires ou dictionnaires juridiques¹⁵, outils définitoires qui, aujourd'hui, se multiplient. De nouvelles éditions diversement nommées – dictionnaire de droit, dictionnaire juridique, lexique ou vocabulaire juridique, dictionnaire du vocabulaire juridique – font en effet leur apparition sur le marché de l'édition juridique¹⁶.

Enfin, il ne faudrait pas négliger les « petites sources » du droit que sont les sources professionnelles. Très utilement, elles définissent parfois avec grande précision des notions dans des champs lexicographiques spécifiés, travail d'autant plus utile que ces notions ne reçoivent pas toujours de définition dans les « grandes sources ». Dans le domaine du patrimoine, on peut citer par exemple la Charte de Venise adoptée par le Conseil international des monuments et des sites (ICOMOS) en 1965 dans laquelle on trouve la définition de la « restauration », cette fois-ci dans un sens positif là où le juge ne donnait guère que des indications négatives¹⁷. Elle a « pour but de conserver et de révéler les valeurs esthétiques et historiques du monument et se fonde sur le respect de la substance ancienne et de documents authentiques »¹⁸. Certaines normes ont aussi pour objet de fixer le vocabulaire dans un certain sens. C'est ce que font les normes françaises et européennes adoptées en 2011 en matière de conservation-restauration du patrimoine, terme défini comme désignant « les mesures et actions ayant pour objectif la sauvegarde du patrimoine culturel, dans le respect de son intérêt patrimonial en garantissant son accessibilité aux générations futures »¹⁹. On

15. Sur l'histoire des vocabulaires et dictionnaires juridiques, voir L. M. SCHMIT, préc., note 7.

16. Y compris dans l'espace mondial. Pour une recension de ces outils bilingues et multilingues, H.E.S. MATTILA, préc., note 2 et la bibliographie générale.

17. *Charte internationale sur la conservation et la restauration des monuments et des sites*, adoptée lors du II^{ème} Congrès international des architectes et des techniciens des monuments historiques, Venise, 25 au 30 mai 1964, art. 9 (adoptée par l'International Council on Monuments and Sites (ICOMOS) en 1965), en ligne : <http://www.icomos.org/charters/venice_f.pdf> (consulté le 6 août 2017) [Charte de Venise 1964].

18. *Id.*

19. Norme NF EN 15898:2011(F), *Conservation des biens culturels. Principaux termes généraux et définitions correspondantes*, terme 3.3.1, p.10, en

pourrait également évoquer des outils plus généralistes tels que le *Vocabulaire juridique multilingue comparé* émanant de la Direction générale de la traduction de l'Union européenne²⁰. Enfin, les vocabulaires usuels contiennent de très nombreuses définitions juridiques, dont certaines sont de grande justesse²¹.

Dans ces différents registres, l'exercice de définition n'est pas en toute hypothèse de même nature. Le travail du législateur, celui du juge, de la doctrine ou encore d'autres acteurs ne renvoient pas toujours aux mêmes fonctions.

2. La diversité des fonctions

Trois types de fonction peuvent être isolées, étant entendu qu'elles cohabitent parfois dans un même énoncé : la fonction explicative, la fonction normative, la fonction conceptuelle.

Sur le premier point, il est sûr que, quelle qu'en soit la source, légale, jurisprudentielle, doctrinale, professionnelle ou encore usuelle, la définition a pour vocation d'éclairer le sens des mots du droit. Par exemple, quand le législateur dispose que le patrimoine constitue « l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique »²², il remplit pleinement une fonction explicative. Il donne à voir à la fois les critères généraux et

ligne : <<http://www.afnor.org>> (consulté le 6 août 2017). Les deux métiers et les deux concepts de conservation et restauration se séparent dans les pratiques et parcours professionnels en France. Ils ne le sont pas toujours en toute hypothèse dans d'autres États.

20. Ce vocabulaire est une « collection de fiches terminologiques multilingues et tenant compte des différents ordres juridiques [...] fruit d'un travail de recherche en droit comparé, réalisé par les juristes-linguistes de la Cour de Justice de l'Union européenne » : European Justice, *Glossaire et terminologie*, en ligne : <https://e-justice.europa.eu/content_glossaries_and_terminology-119-fr.do> (consulté le 6 août 2017). Ce site évoque les glossaires et thésaurus existants au niveau européen.

21. Voir *infra*, note 32 et le texte correspondant, à propos de la définition de la « propriété ».

22. Code du patrimoine, art. L.1.

les critères distinctifs. Le patrimoine au sens du code éponyme se compose de meubles et immeubles dont les propriétaires peuvent être des personnes privées ou publiques – c'est le genre – mais ces biens sont d'une nature spéciale, marqués par une valeur culturelle – c'est l'espèce.

Cette fonction explicative se double parfois d'une fonction normative. Il s'agit de décrire mais aussi de prescrire, non seulement dans les textes normatifs, mais dans bien d'autres des sources définitoires. On s'attend naturellement à ce que la définition ait une telle dimension dans les sources légales et jurisprudentielles. Mais il arrive que d'autres sources produisent des énoncés normatifs et la fixation d'un vocabulaire n'est alors pas purement explicative.

En particulier dans les petites sources du droit, quand bien même la déontologie ne renvoie pas, en principe, à des normes contraignantes, les définitions qui en sont issues peuvent avoir une charge juridique, plus spécialement lorsque la loi et la pratique sont en interaction, en somme lorsque la norme déontologique vient nourrir la norme juridique. Par exemple, la délimitation, par les professionnels, des obligations de comportement sur le marché de l'art (notamment l'obligation de diligence dans la vérification de l'origine des œuvres ou de leur authenticité), aide le cas échéant à déterminer l'étendue de la responsabilité des acteurs et, dans certains cas, plus intimement à caractériser des notions juridiques. Dans les textes du droit du patrimoine, ces mouvements d'inter-normativité sont particulièrement présents. Ce droit s'est en effet construit en intégrant des notions et concepts importants définis et nourris de l'extérieur, par les sciences et savoirs de la conservation et de l'histoire de l'art. L'article L. 621-1 du Code du patrimoine prescrit, dans une formule quasi-identique à celle adoptée par la première loi de protection²³, que « les immeubles dont la conservation présente du point de vue de l'histoire ou de l'art, un intérêt

23. La toute première loi est la *Loi du 30 mars 1887 sur la conservation des monuments historiques*, sachant qu'un texte plus abouti est adopté dans la *Loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques*, qui constitue en grande partie la charte du droit contemporain actuel.

public sont classés au titre des monuments historiques en totalité ou en partie par les soins de l'autorité administrative ». Les contours de deux critères clés dans l'édification de ce droit seront définis dans d'autres lieux, celui de la décision publique avec, en appui, l'avis des experts²⁴.

Enfin, les dictionnaires et vocabulaires endossent, à certains égards, une force normative. Dans sa version originale et dans la traduction anglaise parue il y a peu²⁵, le *Vocabulaire juridique* a été cité dans plusieurs décisions de justice, par exemple à propos du sens à donner à la notion de possession²⁶. Les dictionnaires usuels sont aussi parfois une source utile dans l'exercice d'interprétation des textes pour le juge²⁷. Si l'on peut volontiers recourir à ces instruments de vocabulaire commun dans l'analyse des termes d'un contrat, que des non juristes ont pu élaborer, la méthode est plus déroutante s'agissant de textes juridiques.

Une troisième fonction de la définition peut être dégagée, que l'on pourrait qualifier de fonction conceptuelle. Certes elle n'est pas

-
24. En particulier, l'appréciation de cet intérêt d'art et d'histoire se réalise au sein de commissions spécialisées, comme au niveau central, la Commission Nationale des Monuments Historiques dont un certain nombre de procès-verbaux sont disponibles sur le site de la Médiathèque du patrimoine : *Procès-verbaux de la Commission des Monuments historiques de 1848 à 1950, conservés à la Médiathèque de l'architecture et du patrimoine (Charenton-le-Pont)*, édition électronique réalisée par Jean-Daniel PARISSET, en ligne : <http://elec.enc.sorbonne.fr/monumentshistoriques/index.html> (consulté le 6 août 2017).
25. Gérard CORNU (dir.), *Dictionary of the Civil Code*, sous l'égide de l'Association Henri Capitant, traduit sous la supervision d'Alain LEVASSEUR et Marie-Eugénie LAPORTE-LEGEAIS, Paris, LexisNexis, 2014.
26. Par exemple, dans l'affaire *J.W. Boudreaux v. P.C. Cummings*, 2014-1499 (La. 5/5/2015), aux pages 5 et 7, la Cour suprême de Louisiane cite le *Dictionary of the Civil Code* aux côtés du traité de droit civil de Planiol.
27. Pour un exemple de cet emploi des dictionnaires usuels pour fixer le sens d'un terme juridique, à propos d'autorisations d'exploitation d'un lieu de spectacle, se penchent sur l'un des termes utilisés dans ces documents : citant le *Grand Robert de la langue française*, les juges précisent que « le verbe prolonger dans son sens temporel est à comprendre dans le sens de "faire durer plus longtemps, ... augmenter la durée" », Cour administrative, Grand Duché de Luxembourg, 29 juin 2010.

sans rapport avec les deux premières mais elle s'en distingue cependant. Lorsque Aubry et Rau théorisent la notion de patrimoine, ils introduisent un concept qu'ils dégagent des textes cependant qu'il n'y est pas défini explicitement. On pourrait en dire autant de Demogue instituant cette distinction aujourd'hui majeure dans le droit positif entre obligation de moyens et obligations de résultat. Ce qui distingue ce travail de définition de celui des sources directes du droit est qu'il relève non directement d'un discours du droit²⁸, mais d'un discours sur le droit, ce que Michel Troper appelle les concepts du métalangage juridique qui « sont produits par la théorie du droit pour servir à l'analyse du droit positif »²⁹. C'est sur ce plan du métalangage juridique que se situent les dictionnaires et vocabulaires qui définissent le droit, qu'ils soient spécialisés dans la terminologie juridique ou généraliste. L'exercice de définition, s'il s'appuie sur les sources légales et jurisprudentielles, s'en démarque pour ajouter en précision ou encore dissiper les possibles confusions. On notera avec intérêt la définition de la propriété donnée dans le Larousse comme le « [d]roit de jouir et de disposer de quelque chose de façon exclusive et absolue sous les seules restrictions établies par la loi »³⁰, quand la définition légale de l'article 544 du Code civil français dispose que « [l]a propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». On observe ici la différence de vocabulaire dans la caractérisation de ce droit, qualifié d'exclusif et d'absolu dans le Larousse, formule sans aucun doute

-
28. Encore que parfois ce discours sur le droit devient un discours du droit. L'avant-projet sur la réforme du Livre II du Code civil français relatif aux biens suggère d'intégrer une définition du patrimoine très proche de la définition conceptuelle. Voir H. PÉRINET-MARQUET, préc., note 11. En vertu de l'article 519 du Code civil, « [l]e patrimoine d'une personne est l'universalité de droit comprenant l'ensemble de ses biens et obligations, présents et à venir, l'actif répondant du passif. Toute personne physique ou morale est titulaire d'un patrimoine et, sauf si la loi en dispose autrement, d'un seul ».
29. Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, coll. « Léviathan », Paris, Presses Universitaires de France, 2011, p. 264. Sur cette fonction distincte des concepts juridiques et des concepts métajuridiques, voir les p. 255 et suiv.
30. Collectif, *Le Petit Larousse illustré 2017*, Paris, Larousse, 2016, sous « propriété ».

plus juste et plus conforme à l'approche contemporaine que le Code resté dans son bain d'origine. On peut aussi saluer le terme de « restriction », même si la source n'en est pas toujours en toutes circonstances la loi³¹, sauf à considérer la loi sous un sens plus générique comme désignant toute règle juridiquement obligatoire.

Dans la recherche du sens des termes juridiques, l'imposant travail entrepris dans le *Vocabulaire juridique* consiste à « [e]xtraire de l'usage [ce qui se dit dans le monde du droit], par un travail d'analyse et d'ordre, les traits distinctifs qui font que ce qui est dit est une notion : démarche scientifique qui tend à libérer dans le fait linguistique, la rationalité plus ou moins cachée qu'il renferme »³². La définition proposée de la propriété livre bien d'autres précisions : « [e]mployé seul, désigne la propriété privée – droit individuel de propriété – et la pleine propriété, type le plus achevé de droit réel : droit d'user, jouir et disposer d'une chose d'une manière exclusive et absolue sous les restrictions établies par la loi »³³. La définition comprend par ailleurs des renvois à un environnement notionnel utile à la compréhension de la figure de la propriété (maîtrise, domaine, copropriété, dominion) et, en comparaison, à des notions qui se différencient de la propriété, approche aussi édifiante pour cerner au plus juste la notion définie. La propriété n'est pas la possession, n'est pas le droit de superficie, etc.

Cette distinction entre langage du droit et métalangage du droit est évidemment très utile en droit comparé. Elle permet d'investir certains mots, distinctement de leur signification dans le droit positif. Le terme de bien culturel ou de patrimoine, matière dominée par les droits nationaux, a un sens particulier en droit italien, en droit français, en droit espagnol, etc. Il y a de la polyphonie sous ces notions. Mais pour les mettre en comparaison et partant du constat que ces institutions ont des caractères fondamentaux communs, la doctrine utilise ces mêmes termes,

31. Les restrictions tirées de l'abus de droit ou des troubles de voisinage sont des créations prétoriennes, qu'en l'occurrence le Code civil n'évoque pas non plus.

32. G. CORNU, préc., note 8, p. X.

33. *Id.*, sous « propriété ».

dans un sens cependant plus abstrait, plus distancié, pour tenir un discours sur les différences et convergences entre droits. C'est aussi ce qui permet de mettre à distance l'évolution du langage dans l'histoire³⁴.

Enfin, le dernier élément de complexité vient de ce que, dans la formulation de l'énoncé définitoire, les méthodes varient.

3. La diversité des méthodes

La définition de la définition dans le *Vocabulaire juridique* évoque cette question des méthodes, opposant la définition dite réelle à « la définition terminologique qui privilégie un sens déterminé ou conventionnel d'un terme dans la loi »³⁵, cette figure pouvant être rapprochée de la fiction.

La définition réelle, quant à elle, « se réfère *in media res* à la catégorie juridique qu'elle exprime, pour énoncer, doctrinalement, la notion juridique à laquelle elle correspond dans l'ensemble du système juridique »³⁶. On peut ici revenir à l'exemple de la propriété ou encore évoquer la définition du contrat dans le Code civil, tenu pour « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »³⁷. Quels que soient l'énoncé et le texte dans lesquels sont exprimés ces termes de propriété et de contrat, ils revêtiront le même sens. Lorsque le Code de la consommation ou le Code de la propriété intellectuelle parlent du contrat, ils utilisent une même notion que celle du Code civil.

Les définitions dites formelles ou terminologiques ont au contraire une force de diffusion plus restreinte. Elles ont vocation à

34. Sur ce rapport des concepts juridiques à l'histoire et plus largement leur utilisation dans ce double plan de l'espace et du temps, voir M. TROPER, préc., note 31, p. 260, où l'auteur évoque notamment les catégories telles que la famille, la propriété, le contrat.

35. G. CORNU, préc. note 8, sous « définition ».

36. G. CORNU, préc. note 3, p. 59.

37. Code civil français, art. 1101.

saisir une catégorie juridique dans un contexte donné et ne rayonnent qu'à l'intérieur de ce contexte. En forme de convention de langage, ces notions n'ont de sens que pour l'application de tel ou tel texte. Les formules sont variables (le plus souvent « au sens du présent texte »). On peut être frappé de ce que, dans le champ du droit du patrimoine, pour une bonne part, le législateur a recours à cette méthode de la définition formelle pour délimiter des notions pourtant importantes, dont on aurait pu penser qu'ils feraient l'objet de définitions réelles. C'est notamment le cas du patrimoine dont la définition a été introduite il y a peu dans le Code du patrimoine³⁸, instrument de protection développant une conception publiciste de la notion :

Le patrimoine s'entend, au sens du présent code, de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique.

Il s'entend également des éléments du patrimoine culturel immatériel, au sens de l'article 2 de la convention internationale pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, adoptée à Paris le 17 octobre 2003.

La méthode peut se concevoir dans la mesure où le terme de patrimoine emprunté à la notion civiliste, a cependant un destin propre. Le Code en créant une notion autonome, devait évidemment se démarquer de l'empreinte civiliste, d'où la formule « au sens du présent Code ». Mais l'on peut ici s'interroger sur la terminologie mobilisée, le patrimoine, et les risques de confusion avec la notion mère³⁹. Ne pouvait-on y ajouter le qualificatif « culturel » qui aurait peut-être permis de réfléchir à une définition réelle? La méthode formelle a par ailleurs pour conséquence que la catégorie juridique de patrimoine au sens du droit public se trouve définie

38. Code du patrimoine, art. L.1.

39. Pour une suggestion de revenir à cette dénomination de patrimoine culturel pour éviter les confusions fréquentes entre ces deux grandes catégories, voir Jacqueline MORAND-DEVILLER, « Requalifier le code du patrimoine », *Actualité juridique de Droit Administratif*, n° 7, 2016, p. 337.

distinctement dans d'autres textes : le Code de l'environnement ou encore le Code l'urbanisme.

Au-delà du rayonnement plus ou moins large des définitions dans le champ du droit et des systèmes juridiques dans lesquels elles sont forgées, la diversité des méthodes se manifeste aussi du point de vue de l'approche qu'ils privilégient, qui peut être descriptive ou conceptuelle. Un certain nombre de définitions sont énoncées sous une forme synthétique, que ce soit dans la loi ou dans la jurisprudence. C'est le cas de l'« œuvre de l'esprit » telle que l'a récemment définie la Cour de justice de l'Union européenne, qui met en lumière le critère de l'empreinte de la personnalité se reflétant dans les choix libres et créatifs de l'auteur⁴⁰. Le droit du patrimoine contient un certain nombre de définitions de cet ordre, par exemple celle des archives. Aux termes de l'article L. 211-1 du Code du patrimoine, « les archives sont l'ensemble des documents, y compris les données, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, produits ou reçus par toute personne physique ou morale et par tout service ou organisme public ou privé dans l'exercice de leur activité », définition synthétisant l'ensemble des critères de caractérisation de cette notion (vision organique du fond, extension à toute personne privée ou publique, notion de document, temporalité, les informations sont riches, maximum de substance contenue dans une forme synthétique)⁴¹.

Par contraste, d'autres définitions sont purement et simplement énumératives. Elles illustrent la notion en renvoyant à une liste d'éléments qui reçoivent cette qualification. Par exemple, l'article L. 111-1 du Code du patrimoine désigne quels biens ont la qualité de trésor national.

40. *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH et al.*, préc., note 13.

41. On aurait pu ici citer à nouveau la définition du patrimoine, celle des monuments historiques ou encore celle des musées, mais elles sont moins riches que cette définition des archives.

Au sens de cet article:

Sont des trésors nationaux :

1° Les biens appartenant aux collections des musées de France;

2° Les archives publiques, au sens de l'article L. 211-4, ainsi que les biens classés comme archives historiques en application du livre II;

3° Les biens classés au titre des monuments historiques en application du livre VI;

4° Les autres biens faisant partie du domaine public mobilier, au sens de l'article L. 2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques;

5° Les autres biens présentant un intérêt majeur pour le patrimoine national au point de vue de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie.

L'énoncé nous dit là que tel ou tel bien est un trésor national, mais elle ne nous dit à aucun moment ce qu'est un trésor national, et quels en sont les caractères distinctifs, sauf à considérer que la dernière phrase, dès lors que la liste est ouverte, dégage en forme de synthèse les qualités que devrait revêtir un trésor national : « intérêt majeur pour le patrimoine national du point de vue de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie ». C'est une méthode assez proche que suit la *Loi sur le patrimoine culturel* du Québec⁴² dans son évocation du patrimoine culturel « constitué de personnages historiques décédés, de lieux et d'événements historiques, de documents, d'immeubles, d'objets et de sites patrimoniaux, de paysages culturels patrimoniaux et de patrimoine immatériel »⁴³. D'une façon générale, on peut se demander si cette méthode exemplative constitue véritablement un exercice de définition. Comme d'autres opérations intellectuelles, elle se situe en proximité de l'exercice de définition tout en s'en démarquant. Elle contribue en cela à mieux en saisir la spécificité, ce que signale le vocabulaire juridique lorsqu'il invite à comparer la définition avec l'énumération, l'assimilation et encore la classification. Tout au

42. *Loi sur le patrimoine culturel*, RLRQ, c. P-9.002.

43. *Id.*, art. 1.

contraire, entrent dans le travail de définition les activités de qualification, de caractérisation ou d'interprétation.

Nous avons plus spécialement affronté la question de la définition à l'occasion de l'élaboration des deux travaux de lexicographie mentionnés en introduction. Dans ces deux dictionnaires de droit comparé, l'un dans le domaine du droit d'auteur, l'autre dans celui du droit du patrimoine culturel, nous avons été confrontés aux défis liés à la concrétisation de la notion même de définition. C'est cette expérience que je souhaite évoquer dans la deuxième partie de ce texte.

II. Les dictionnaires, expérience lexicographique et lexicologique

L'activité définitoire discutée dans la partie précédente soulève un certain nombre de questions et de difficultés qui touchent d'une part au traitement des mots considérés isolément et d'autre part à leur mise en relation avec d'autres mots. Le réseau de correspondance entre les mots issus d'un ou plusieurs systèmes juridiques constitue une autre façon d'accéder au sens des mots. Par exemple, on saisira mieux la notion d'auteur, si on la met en relation avec celle d'œuvre ou d'originalité. Cette clé de lecture par le réseau des mots est aussi révélatrice de la structure et de l'unité des droits.

Le *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*⁴⁴ publié en 2003 a réuni 5 pays, relevant pour certains d'un système de droit civil (France, Belgique), pour d'autres d'un système de common law (USA, Royaume Uni, Canada). Le *Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel*⁴⁵ publié en 2012 a rassemblé 6 pays européens dont un pays de common law (Allemagne, Espagne, France, Italie, Royaume Uni, Suisse).

44. Préc., note 5.

45. Préc., note 6.

Ces deux matières, quoique renvoyant à des ressorts distincts – l'un clairement de droit privé, la propriété intellectuelle, l'autre plutôt de droit public – sont en étroite proximité. Elles entretiennent des relations d'un double point de vue diachronique et synchronique. Sur le premier point, si l'on suit une approche chronologique, le droit d'auteur protège la création dès son avènement quand le droit du patrimoine vient en second temps consacrer un certain nombre de chefs d'œuvre même si son objet ne s'en tient pas au champ de la création. Il protège aussi ce que la doctrine a nommé des biens culturels témoins, qui méritent une sauvegarde en ce qu'ils sont les traces des activités humaines. Tous ne sont pas des créations de l'esprit. C'est le cas d'un certain nombre d'éléments du patrimoine ethnologique (outils et machines par exemple). Cela étant, sur le second point, les œuvres de l'esprit dominant dans le champ patrimonial – les musées en sont remplis – et cette proximité fait que certains des termes définis dans l'un des dictionnaires pouvaient tout aussi bien se trouver définis dans l'autre.

La première expérience de dictionnaire a évidemment servi la deuxième, tant sur les modèles à répéter que sur les erreurs ou imperfections à ne pas reproduire. En cela, le travail de lexicographie s'est accompagné, plus encore en ce qui concerne le *Dictionnaire sur le droit du patrimoine culturel*, d'un travail de lexicologie, réflexion conduite cette fois-ci autour des principes et méthodes de la lexicographie⁴⁶. Tout au long de ces recherches, nous avons en contrepoint des tâches de définition, engagé une réflexion méthodologique, tant sur la considération des mots à définir pris dans leur unité et enchâssés au sein d'un réseau, que sur l'exercice de comparaison et sur la question linguistique. La description de ces deux expériences inscrites dans la durée (dix années chacune) se fera par conséquent sous cette double perspective du choix et du traitement des mots et de la comparaison des approches des différents systèmes de droit.

46. La linguistique juridique définit ainsi la lexicologie comme « la science des principes et méthodes de la lexicographie » tandis que la lexicographie est la description des significations des mots. Voir G. CORNU, préc., note 3, p. 31.

1. Le choix et traitement des mots

Nous avons, dans ces deux dictionnaires, choisi d'évoquer des termes utilisés dans l'ensemble des systèmes juridiques considérés, avec à l'esprit l'idée de développer un outil d'aide à la comparaison. Nous avons dégagé ces termes à partir des grandes catégories qui structurent ces branches du droit.

Dans la propriété intellectuelle ce sont les acteurs (l'auteur, l'artiste, le producteur, etc.), leurs productions (l'œuvre, l'interprétation, la base de données, etc.), les droits dont ils jouissent (droit moral, patrimonial), les contrats passés ainsi que les sanctions liées à l'utilisation illicite des créations sous protection qui constituent les catégories pertinentes. Cette première collecte était sans doute plus facile dans le domaine de la propriété intellectuelle que dans celle du patrimoine culturel, pour plusieurs raisons. D'une part, le mode sur lequel les États ont structuré le dispositif est finalement assez similaire. La matière de la propriété intellectuelle se révèle essentiellement au travers des liens entre l'auteur, son œuvre, les droits qui en dérivent et les limites dans lesquelles ils sont contenus. D'autre part, la matière est plus aisée à cerner dans sa spécificité et dans sa codification. Le matériau juridique dans le droit du patrimoine est, sous ce double rapport, plus disparate et dispersé. Ce premier inventaire d'un fonds commun de vocabulaire juridique a été complété par une approche par système juridique. Le plan de la comparaison imposait aussi de comprendre, de l'intérieur, l'économie de chacun des systèmes. Au plan interne, recenser l'essentiel des mots utiles à la compréhension de la matière du droit d'auteur nécessitait de définir, en complément, des termes propres: le « *fair use* » ou le « *work made for hire* » dans le droit américain, l'« utilisation équitable » en droit canadien, le « droit de divulgation » en droit français et belge, etc. Les marques de particularité devaient évidemment être présentes. Le réseau des termes ainsi choisis devait être « le reflet de l'unité » de chaque droit, d'où l'importance de cette phase de sélection,

même si dans ce lot, cohabitent grands et petits mots⁴⁷. Certains termes, renvoyant à des notions moins fondamentales, sont pourtant utiles dans cette fonction de décryptage, par exemple celle de « fixation ».

Dans le domaine du droit du patrimoine, les notions clés sont celles de bien culturel, de patrimoine, de conservation, de modes de protection et l'on pourrait considérer que leur mise en relation est plutôt simple à restituer. L'ensemble des droits étudiés traitent de questions comme celles des objets de droit (patrimoine, monuments, biens culturels), des outils (servitudes d'utilité publique), des contraintes (obligations de conservation). Mais rapidement, le besoin de définir des termes puisés dans d'autres branches du droit s'est fait sentir. Là où finalement l'unité du droit de la propriété intellectuelle se réalise à l'intérieur de la matière, celle du droit du patrimoine est plus difficile à saisir en elle-même. Sa compréhension requiert de définir aussi des notions tierces. La matière étant fortement adossée au droit des biens public ou privé, nous avons notamment défini les notions de bonne foi et de domaine public. Dans un autre registre, c'est la notion d'authenticité qui nous paraissait importante à traiter.

La structure de chaque fiche terminologique a obéi à une même méthode dans les deux dictionnaires. Chacune contenait une définition synthétique, une définition légale, des commentaires et illustrations de la définition ainsi que des renvois internes et externes.

Sur le premier point, nous avons tenté de construire chaque définition à partir des différentes sources disponibles. Nous l'avons vu, elles sont nombreuses et éparses dans certains cas. Prises isolément, elles ne donnent pas toujours l'ensemble des critères de caractérisation y compris dans la loi, d'où cet exercice de compilation et de confrontation des sources. Il s'agissait de récolter dans une forme ramassée toutes les informations nécessaires avec

47. Voir en ce sens la préface du *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, préc., note 5, qui souligne la nécessité d'un choix bien fait.

comme consigne de restituer le maximum de contenu sous une forme la plus synthétique qui permette de saisir le plus aisément la notion. Par exemple l'« œuvre » est définie en suivant cette méthode conceptuelle dans le dictionnaire comme une « [c]réation intellectuelle qui, exprimée sous une forme originale, donne prise au droit d'auteur, sans considération du genre, de la forme d'expression, du mérite ou de la destination »⁴⁸. Le Code de la propriété intellectuelle ne donne guère d'indications positives sur ce qu'est une œuvre, se contentant de donner une liste énumérative et d'énoncer des critères indifférents à sa qualification que nous avons repris ici (indifférence du genre, du mérite, etc.). En revanche le critère fondateur de l'expression de l'œuvre sous une forme originale vient de la jurisprudence, où l'on perçoit à quel point cette matière est un lieu de coproduction entre le législateur et le juge. Nous avons ainsi pris dans la définition les apports de l'un et de l'autre, en y ajoutant la mention de l'effet principal, la naissance de droits sur l'œuvre.

La question s'est posée en effet de façon récurrente de savoir jusqu'à quel point, au-delà de la délimitation de la notion, intégrer des éléments renvoyant au régime juridique auquel elle est soumise. Si l'idée générale est bien sûr de s'en tenir à la notion, la question du régime lui est parfois si intimement liée qu'on ne peut l'évacuer sans perdre une information centrale. Par exemple lorsque l'on décrit ce qu'est le domaine public en droit administratif des biens, on ne peut passer sous silence l'effet principal de cette qualification qui consiste à rendre inaliénables et imprescriptibles des biens à raison de leur affectation à une utilité publique. Précisément, ce qui caractérise cette propriété est qu'elle est indisponible. En outre, nous avons décidé d'indiquer l'effet principal attaché à la qualification de telle ou telle notion, en forme de directive. L'exercice ne se prête pas toujours à la synthèse ou encore relève-t-il parfois de l'évidence. Il fallait une valeur ajoutée. Ainsi l'auteur en droit canadien a été défini comme étant la « personne physique qui, grâce à un effort personnel, crée une œuvre; c'est-à-dire celui qui exprime une idée sous une forme originale. Titulaire

48. M. CORNU *et al.* (dir.), préc., note 5, sous « œuvre ».

originaires du droit d'auteur sur son œuvre et seul titulaire du droit moral »⁴⁹. La mention de la titularité de l'œuvre renvoie ici à l'effet principal qui donne, dans sa formulation, une première idée de la façon dont se construit la protection, autour des droits de la personne même du créateur. Ces sommaires indications de régime avaient aussi pour objet de donner quelques clés de comparaison, utiles notamment lorsqu'un même terme désigne ici et là des choses équivalentes cependant qu'elles n'emportent pas les mêmes effets.

À la suite de cette définition conceptuelle, qui pouvait intégrer des éléments de sources diverses à la façon d'un patchwork, nous avons reproduit, lorsqu'elle existait la définition légale, notion que nous avons prise dans un sens large comme incluant les énumérations ou encore les éléments de définition.

Au soutien des définitions, nous avons créé une rubrique contenant des remarques illustrant les notions au travers d'exemples concrets tirés de la pratique ou de la jurisprudence. Il fallait donner de la chair à ces notions abstraites. Qui est l'auteur, en vrai, dans les droits étudiés : le restaurateur d'un jardin, le conservateur qui réalise une fiche d'inventaire, le mineur ou l'incapable qui crée, l'auteur d'une création culinaire, le photographe d'œuvres de musée en deux dimensions, en trois dimensions, le traducteur d'une œuvre? Nous avons tenté de saisir les situations concrètes qui permettent de qualifier juridiquement une activité de création, sans pour autant tendre à l'exhaustivité. Il ne fallait pas submerger le lecteur, mais davantage l'alerter sur les difficultés de cette qualification dans certaines hypothèses-frontières, lorsque par exemple l'activité est davantage du côté de la technique ou de l'érudition que de celui du créateur. Ces remarques ont aussi permis de signaler les possibles distorsions entre le langage courant et le langage du droit. Si certains termes sont d'appartenance commune (ils ont le même sens dans le droit et dans la vie ordinaire, par exemple l'« auteur »), d'autres se démarquent dans leur sens juridique. Pour ne prendre qu'un exemple, l'originalité en droit d'auteur, critère central de l'œuvre de

49. *Id.*, sous « auteur – droit canadien ».

l'esprit, ne signifie d'aucune façon la nouveauté, le caractère inédit. L'originalité exprime simplement le lien intime entre l'auteur et son œuvre, l'empreinte qu'il y laisse et qui fait qu'il est en toute hypothèse le créateur de l'œuvre même s'il peut en céder les droits. Plus que d'originalité, c'est d'« originellité » dont il est question dans le droit d'auteur. Il y a par conséquent une rupture sémantique entre le sens juridique et le sens commun, même si l'on observe dans la jurisprudence un effet de contamination de la langue commune vers la langue du droit⁵⁰, sur ce concept de l'originalité.

Enfin, entrer dans la compréhension de ces matières imposait d'explorer le réseau des mots, de tisser des liens, d'où les rubriques « voir aussi » et « comparer », doublement conçues au sein des droits et sous une perspective de comparaison internationale. La première renvoie aux notions qui, en association ou en proximité de sens, permettent de mieux comprendre un terme. C'est entre autres la famille notionnelle. Définir l'œuvre collective ou l'œuvre de collaboration suppose que la notion d'œuvre est connue. Mais d'autres formes de « réseautage » sont aussi éclairantes. Dans la définition de l'œuvre, le renvoi à la notion d'auteur est un lien explicatif, en ce que l'œuvre est un produit de la création de l'homme. C'est le fait de la création qui investit de la qualité d'auteur, d'où l'intérêt de rapprocher ces deux mots, l'un désignant l'acteur, l'autre le résultat. Autre exemple, dans le champ du droit du patrimoine, les termes « patrimoine culturel » et « bien culturel » sont parfois utilisés l'un pour l'autre, mais d'une façon générale, le premier est plutôt vu comme désignant l'ensemble des éléments de caractère patrimonial quand le second en saisirait l'unité. Il y a donc un intérêt à relier leurs définitions. L'observation de ce réseau des mots implique aussi de signaler les possibles confusions, les faux amis, ces mots qui présentent « une similitude trompeuse »⁵¹. C'est la raison d'être de la deuxième rubrique : « comparer », qu'on pourrait traduire par : « attention, risque

50. Sur cette question des interactions et déterminations réciproques entre langue du droit et langue commune, voir l'étude très éclairante H. MATTILA et J.-C. GÉMAR, préc., note 2.

51. Selon l'expression d'Alain STROWEL, « Droit d'auteur et copyright : faux amis et vrais mots-valises », dans M. CORNU *et al.* (dir.), préc. note 5. p. 11.

d'amalgame ou de confusion ». Nous avons par exemple utilisé le « comparer » à propos de l'auteur et de l'artiste. Dans le langage commun, les deux sont parfois très proches. La propriété intellectuelle en fait au contraire deux titulaires distincts, isole deux catégories de créateurs qui n'ont pas les mêmes droits : l'auteur est celui qui crée, l'artiste est celui qui interprète l'œuvre d'autrui. Il y a une forme de hiérarchie dans la perception juridique de ces deux acteurs de la création. Outre le signalement d'une possible confusion, le contraste ainsi posé entre deux notions distinctes aide assurément à mieux saisir le sens de la notion définie.

La présentation des mots n'est pas la même dans les deux dictionnaires. Dans le premier, nous avons opté pour une présentation des vocabulaires par pays, l'idée étant de permettre une navigation plus facile à l'intérieur d'un même système. Le dictionnaire sur le droit du patrimoine culturel prend un parti différent, décidant de suivre plus classiquement la logique alphabétique de sorte que se côtoient les définitions dans les différents droits, y compris le droit européen et le droit international avec, le cas échéant, une synthèse comparative à leur suite. Le changement de cap tient à ce que ce dictionnaire contenait une introduction assez substantielle concernant l'historique et l'économie des six droits étudiés et qu'en outre, on l'a dit, la matière étant plus dispersée, l'idée que l'unité du droit se dégage de la présentation par pays était sans doute moins évidente que dans le droit d'auteur.

2. La mise en comparaison

La perspective de comparaison a fait que nous avons emprunté un même cadre de définition, une même méthode en essayant, autant que faire se peut, d'avoir un niveau à peu près équivalent d'information dans l'ensemble des systèmes juridiques considérés. S'agissant de notions communes ou très proches, s'est posée la question de l'harmonisation des définitions, ce qui supposait de réfléchir aux caractéristiques partagées par l'ensemble des systèmes ainsi qu'aux traits distinctifs. Pouvait-on par exemple retenir une même définition pour les six droits considérés? La

méthode pouvait se révéler réductrice avec le risque d'insister sur les traits communs et ainsi de gommer les spécificités. Nous avons au contraire choisi de laisser s'exprimer les différences, y compris dans la façon de décrire et de définir. Nous avons évidemment tenté de faire des rapprochements, en mobilisant à nouveau les outils « voir aussi » et « comparer ». Ce travail a aussi permis de débusquer les faux amis. Le terme « classement » est de cette espèce. Il est un mode de protection en droit français (le classement au titre des monuments historiques), une liste déclarative ou encore un mode de classification dans d'autres systèmes, d'où la nécessité d'attirer l'attention du lecteur, voire du traducteur. Par ailleurs, le fait d'insérer des notions spécifiques à tel ou tel droit n'évacuait pas totalement l'idée d'une mise en comparaison. Par exemple, si les deux mécanismes des exceptions au droit d'auteur dans les lois françaises et belges d'un côté, de *fair use* et *fair dealing* dans les droits anglo-américains d'un autre côté, obéissent à des logiques propres et différentes, ce sont dans les deux cas des limites apportées au droit exclusif de l'auteur, d'où l'intérêt de pouvoir les regarder ensemble. Sur le terrain du droit du patrimoine, nous avons opté pour le même procédé. Par exemple, nous avons mis en relation le domaine public au sens du droit administratif présent dans plusieurs législations (droits espagnol, français, italien, suisse) et les propriétés affectées du droit allemand (*öffentliche Sache*). Le premier se définit comme une propriété publique contrairement au second, mais leur point de contact git dans leur destination. Ces biens sont dans les deux cas affectés à une utilité publique, et c'est bien ce qui les rend indisponibles, d'où une réflexion possible sur les critères de cette affectation et le périmètre de biens concernés.

Cette première confrontation des droits nous a conduits à approfondir certaines des comparaisons. Nous avons sélectionné les notions partagées les plus significatives pour en livrer une synthèse comparative. Cet exercice avait pour finalité de dégager l'intérêt de la notion de même que son utilité et sa fonction et d'identifier, au travers des éléments de caractérisation, en forme de radiographie, les traits distinctifs de telle ou telle notion ainsi que la place que chacun des droits leur accorde. Par exemple, dans la

définition d'« auteur », nous avons dégagé plusieurs caractéristiques. La première concerne la relation entre les qualités d'auteur et de créateur. Les deux sont toujours confondues en droits belge et français contrairement aux systèmes de copyright qui accueillent plus volontiers l'idée qu'un intermédiaire puisse avoir la qualité d'auteur à titre originaire. Le deuxième point avait trait aux signes qui renseignent sur la qualité d'auteur. L'auteur est présumé tel lorsqu'il appose son nom sur l'œuvre. La signature est l'un de ces indices. Enfin la question de la pluralité d'auteurs dans l'œuvre a été abordée. Pour le travail de l'artiste, les questions se sont concentrées sur la nature de ce travail de création dit auxiliaire ou voisin du droit d'auteur par certains droits, qualifié de droit d'auteur dans d'autres. S'agit-il d'un travail d'exécution de l'œuvre d'autrui, d'une autre prestation publique, d'un acte de création, et quelle importance ou qualité exiger de cette prestation? Le mode d'appréhension du travail de l'artiste détermine les droits dont il dispose et renseigne sur la relation plus ou moins égalitaire qu'établit le droit entre l'auteur et l'artiste. Dans la définition d'« œuvre », nous nous sommes penchés sur les deux critères partagés par plusieurs systèmes : l'expression de l'œuvre sous une forme originale. Cependant, nous nous sommes aussi attardés à la question de la qualité attendue, de la destination de l'œuvre et encore des différentes catégories accédant à la protection, perspective aperçue notamment au travers des listes énumératives contenues dans les lois.

Dans le dictionnaire comparé de droit du patrimoine culturel, nous avons par exemple mis en comparaison les termes et notions de musée, de collection, de patrimoine. Si, conceptuellement et abstraitement, ces notions renvoient à des choses assez équivalentes, la plus grande diversité règne dans un domaine profondément marqué par la souveraineté des États. On observe ici que la perception du patrimoine, la façon de le délimiter varient d'une législation à une autre. Si certaines composantes sont très largement présentes dans la plupart des systèmes (fouilles, archives, collections de musée, monuments historiques), la qualification de la valeur et plus spécialement la prise en compte de l'immatérialité de certains éléments dénotent une profonde

disparité. La réflexion autour des définitions de ce que représente un bien culturel est aussi très intéressante, en particulier sur les choix opérés dans les grandes conventions internationales (UNESCO, UNIDROIT).⁵²

La méthode de mise en comparaison a été bien sûr révélatrice des systèmes de droit. Elle a aussi montré en quoi la réception des différences qui séparent ces systèmes peut être, dans certains cas, simplificatrice. Dans le dictionnaire de droit d'auteur, l'opposition classique entre droit d'auteur et copyright s'est révélée être bien plus complexe. D'une part l'étude des trois systèmes relevant du copyright a mis en lumière de profondes différences. Elles ne sont pas à la marge pour certaines d'entre elles, mettant en question l'idée d'une philosophie du copyright opposée en toutes circonstances à la logique personnaliste du droit d'auteur continental. D'autre part, l'étude des droits français et belge a montré à quel point ces deux droits se distinguent à nouveau sur des points non négligeables (les exceptions au droit d'auteur, la durée du droit moral par exemple). Les lignes de partage ou de distinction passent par conséquent par d'autres grilles de lecture que cette opposition droit d'auteur/copyright, sorte de cadre précontraint dans un grand nombre de travaux comparatistes⁵³.

Toutes ces questions ont permis de développer une approche différente de celle suivie dans l'exercice de définition et d'aller plus

52. Notamment la *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels*, UNESCO, 14 novembre 1970, en ligne : <http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> (consulté le 6 août 2017) et la *Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés*, 24 juin 1995, en ligne : <<http://www.unidroit.org/official-languages-cp/1995convention-fr>> (consulté le 6 août 2017). Sur les différentes typologies de définition et la distinction entre les méthodes de listes et de définition conceptuelle, voir Manlio FRIGO, *Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, coll. « Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye », La Haye, Brill Nijhoff, 2016.

53. Sur cette perception de l'opposition entre droit d'auteur et copyright, voir A. STROWEL, préc., note 53.

loin dans l'analyse de chacune des définitions nationales pour en faire ressortir les mouvements de convergence et de divergence. Parfois, l'élaboration de ces synthèses a aussi fait émerger la singularité de l'étude de notions que l'on pensait non seulement communes, mais aussi très proches. Si l'on reprend l'exemple du domaine public dans le dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel, des débats assez longs ont mis en lumière les différences d'approche. Par ailleurs l'intégration de l'analyse du droit international et européen aux côtés des droit internes a permis de comprendre la dynamique des sources et les interactions entre les différents niveaux de normes. La notion de bonne foi n'est pas pertinente dans l'ensemble des droits. Elle a cependant évolué par le canal de la notion de diligence qui fait l'objet d'une définition pragmatique préférée opportunément à l'élaboration d'une notion abstraite et générique dans la Convention UNIDROIT de 1995⁵⁴ ainsi que dans la directive de l'Union européenne sur la restitution des trésors nationaux entre États membres refondue en 2014⁵⁵. Portée par ces textes, les notions de bonne foi et de due diligence se sont aussi manifestées dans certains droits internes. La mise en relation de ces normes de sources multiples (droit international, droit européen, droits internes) fait voir utilement les mouvements de circulation des notions et les phénomènes d'emprunt.

La mise en comparaison nécessitait aussi de s'atteler à la question linguistique et à la traduction. Le choix de la langue de travail a posé de difficiles questions. Nous avons travaillé avec des spécialistes de chaque pays étudié et avons décidé, dans les deux dictionnaires, que la langue de travail serait, pour l'essentiel, le français. Seul le système anglais a été traduit vers le français, dans le *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright* et pour une part le système allemand dans le *Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel*. Finalement, nos collègues étrangers, en grande

54. Préc., note 54.

55. Directive 2014/60/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre et modifiant le règlement (UE) n ° 1024/2012 (refonte), en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0060>> (consulté le 6 août 2017).

majorité francophones, ont, d'une certaine façon, procédé à de « l'auto-translation », si bien que le traducteur n'était pas de langue native du pays destinataire, pratique peu conforme aux principes de la traduction. Nous en avons cependant tiré un certain parti en ajustant et retravaillant les définitions dans chaque cas, en concertation avec les auteurs. Ce travail bilatéral très important et l'échange de vues qu'il implique constituaient une amorce très stimulante du travail de comparaison. Nos doutes linguistiques ont fait évoluer notre doctrine dans le second dictionnaire. Nous avons décidé d'y intégrer des éléments bilingues. Définitions synthétiques et définitions légales paraissent en français et dans la langue du système étudié, méthode qui permet aussi d'aplanir certaines difficultés de traduction.

Le degré d'harmonisation du style de la définition a occupé une certaine place dans nos travaux. La question s'est posée de savoir jusqu'à quel point pousser le rapprochement. Pouvait-on répliquer et transposer, dans la forme, des définitions d'un droit à l'autre en présence de notions similaires dans leurs caractéristiques fondamentales? Nous avons pris un autre parti, considérant que la langue dit des choses sur la façon de raisonner, de dire, de penser le droit. Les définitions sont un révélateur du droit, des conceptions à l'œuvre dans tel ou tel champ du droit, plus généralement du contexte culturel dans lequel ces lois rayonnent. C'est ce qui ressort par exemple de la lecture des définitions d'« auteur » dans le *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright* :

- **Droit américain** - Personne physique qui en principe crée l'œuvre, c'est à dire qui la fixe sous une forme d'expression tangible. Investie à titre originaire du *copyright*. Dans le cas d'un « *work made for hire* » l'employeur personne physique ou morale ou certains commanditaires personnes physiques ou morales sont réputés être l'auteur.
- **Droit belge** – Désigne en principe la personne physique qui a créé l'œuvre. Renvoie parfois à la personne physique ou morale à qui le droit a été cédé entre vifs ou transmis à cause de mort. Dans le premier cas l'auteur

est le titulaire originaire, dans le second cas, c'est le titulaire dérivé.

- **Droit français** - Personne physique qui crée l'œuvre. Investie à titre originaire des droits d'auteur quel que soit son statut (indépendant, salarié, etc.) et les circonstances dans lesquelles elle réalise l'œuvre. Seul titulaire du droit moral de son vivant.
- **Droit canadien** - Personne physique qui, grâce à un effort personnel, crée une œuvre; c'est-à-dire celui qui exprime une idée sous une forme originale. Titulaire originaire du droit d'auteur sur son œuvre et seul titulaire du droit moral.
- **Droit anglais** - Personne physique qui crée l'œuvre. Sont pas ailleurs réputés auteurs par la loi : le producteur de l'enregistrement sonore, le producteur et le réalisateur principal d'une œuvre audiovisuelle, le réalisateur d'une émission dans le cadre d'une radiodiffusion, la personne qui assure le service de câblodistribution dans le cadre duquel le programme est distribué, l'éditeur de l'œuvre publiée pour la présentation typographique, la personne qui prend les dispositions nécessaires à la création d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique par ordinateur.
Dès lors que deux auteurs au moins participent à la réalisation de l'œuvre et qu'il est impossible de dissocier les contributions de chacun, il s'agit d'une œuvre de collaboration.

Les définitions expriment une certaine identité du droit, et nous avons jugé qu'il était important de laisser s'exprimer la différence, dans l'idée que la comparaison pouvait s'enrichir de la diversité linguistique et culturelle. Par ailleurs, ce travail d'harmonisation poussé trop loin pouvait altérer le mode de lecture et de compréhension interne à chaque droit.

Conclusion

S'il fallait améliorer l'outil que représentent ces dictionnaires, quelles directives pourrions-nous suivre? Plusieurs éléments de réflexion nous sont venus à l'esprit à l'issue de ces deux

expériences. Sans doute, pourrions-nous aller plus loin dans l'harmonisation des définitions, insister davantage sur la relation entre langue commune et langue du droit et ainsi l'étude de leurs déterminations réciproques. Bien sûr, il faudrait intégrer des termes nouveaux. Le droit d'auteur, notamment, a évolué et il faudrait passer au crible le vocabulaire du numérique même si, à la réflexion, il n'y a pas tant de notions nouvelles à expliquer pour comprendre la matière. L'on pourrait opportunément élargir le cercle des législations. Par exemple le *Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel* aujourd'hui concentré sur des États européens pourrait bien s'ouvrir à d'autres, comme le Canada. En effet, la *Loi sur le patrimoine* du Québec y est riche d'enseignements sur le fond, sur les méthodes, sur le vocabulaire. En me plongeant dans ce texte et plus généralement dans cette idée que la langue est expression de la culture, je me suis demandé s'il n'y aurait pas place pour un dictionnaire des français juridiques. Ce pourrait être l'occasion d'une nouvelle collaboration avec le Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé de l'Université Mc Gill.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : DE LA LETTRE À L'ESPRIT.
L'ÉPOPÉE DE LA JURILINGUISTIQUE CANADIENNE

Auteur(s) : Jean-Claude GÉMAR

Revue : RDUS, 2016, volume 46, numéro 2

Pages : 391-450

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12122>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12122>

Page vide laissée intentionnellement.

DE LA LETTRE À L'ESPRIT. L'ÉPOPÉE DE LA JURILINGUISTIQUE CANADIENNE

par Jean-Claude GÉMAR*

La jurilinguistique prend sa source dans notre histoire. Dès 1760 et le régime provisoire qui est à la source du bilinguisme et de la traduction au Canada, les premiers jurilinguistes (alors juristes et traducteurs) entamaient une marche qui est allée s'accroissant jusqu'à nos jours. Les nouvelles institutions sont britanniques, la langue du pouvoir est l'anglais, les problèmes linguistiques pointent sous l'habit juridique. La traduction sera donc le seul moyen de communication des textes officiels entre protagonistes. Les problèmes et les difficultés présentés par la traduction des textes juridiques d'alors portent en germe la future jurilinguistique et en causeront l'avènement. Les effets de l'œuvre accomplie par ces pionniers se sont répercutés dans nos lois, jugements et contrats. Toutefois, la confrontation historique de l'anglais et du français et leur contact prolongé en Amérique du Nord sont les racines d'où l'arbre de la « jurilinguistique » a poussé, avec ses multiples branches. Le point d'orgue de l'action incessante et obstinée des pionniers de cette nouvelle discipline est la corédaction des lois canadiennes, modèle qui s'est répandu à travers la planète. Ce faisant, le Canada est passé de la traduction de la lettre à l'expression de l'esprit dans ses textes de loi.

Jurilinguistics has its source in Canadian history. Under the military regime (1760-1763), which gave rise to both bilingualism and translation, would-be jurilinguists (at that time lawyers and translators) initiated a movement that has constantly gathered momentum up to the present day. Under British administration, English had become the institutional language, causing linguistic problems and difficulties. One had to resort to translation in order to make official texts available to the French-speaking population. Translating legal texts is a process fraught with problems. As a result, in Canada, this has led to the development of jurilinguistics. The pioneering work accomplished is reflected in today's laws, judgments and contracts. The four hundred years or so of cohabitation and contact between English and French in North America has given rise to the science of jurilinguistics and its various branches. This centuries-old constant action culminated in the co-drafting of Canadian statutes, an inspiring model that has spread throughout the world. In so doing, Canada has moved from translating the letter of the law to expressing the spirit of both languages in its legislation.

*. Professeur émérite, Département de linguistique et de traduction, Université de Montréal.

SOMMAIRE

Introduction	393
I. L'anglais et le français : un face à face historique	395
1. Singularité et diversité des langues anglaise et française	398
2. Du style et de l'esprit des langues.....	400
II. Les pionniers de la jurilinguistique canadienne	405
1. Les premiers traducteurs : des juristes	406
2. Les précurseurs des jurilinguistes	408
III. L'apport des jurilinguistes à la langue française	409
1. Difficultés d'ordre linguistique.....	414
2. Difficultés d'ordre juridique	422
3. Difficultés de nature juridique et linguistique	427
IV. L'apport de la société canadienne à la jurilinguistique	430
1. L'action publique	433
2. L'action des centres, instituts et groupes de recherche	438
3. L'action de la « société civile »	442
V. Conclusions.....	447

« Si l'on se tient au pied de la lettre pour en exprimer l'esprit, les victimes des préjudices seront nécessairement innombrables. »

Liu Yin¹

Introduction

On pense généralement que la jurilinguistique est apparue sous ce nom dans la seconde moitié du XX^e siècle. Or, si ce terme n'existait pas jusqu'alors, la matière qu'il recouvre, la signification qu'il porte et les préoccupations qu'il recèle remontent, elles, loin dans l'histoire : aux origines du Canada. En 1760, soit un siècle avant la naissance du Canada et dans la foulée de la Conquête (1759-1760), s'instaurait un régime provisoire qui, en imposant l'anglais et sa loi sur le territoire de la Nouvelle-France, est à l'origine directe de la traduction comme solution de communication incontournable des textes officiels à une population ignorant l'anglais². Ce régime est également à la source du bilinguisme officiel du futur *Dominion*, né en 1867 sous le nom de Canada en vertu d'un acte constitutionnel unilingue et néanmoins fondateur, le *British North America Act*³.

1. Vers écrits par le poète chinois Liu Yin (1249-1293) et calligraphiés par Zhang Bi, homme de lettres et poète du XV^e siècle (dynastie des Ming), en ligne : <<http://www.cernuschi.paris.fr/fr/collections/calligraphie>> (consulté le 2 mars 2017).
2. Sur cette question, voir le numéro thématique « *Histoire de la traduction au Canada* », (1977) 22 *Meta*, et en particulier Jacques GOUIN, « La traduction au Canada de 1791 à 1867 », (1977) 22 *Meta* 26, 28; Jean DELISLE, *La traduction au Canada. Translation in Canada, 1534-1984*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1987; Jean-Claude GÉMAR, *Traduire ou l'art d'interpréter*, t. 2 « *Langue, droit et société. Éléments de jurilinguistique. Application.* » Québec, Presses de l'Université du Québec, 1995, p. 7-28.
3. Traduit initialement en français « Acte de l'Amérique britannique du Nord », puis « Acte de l'Amérique du Nord britannique » et, enfin, « Loi constitutionnelle de 1867 ». Pour plus de détails sur la saga des traductions françaises du *British North America Act*, voir Hugo Yvon Denis CHOQUETTE, *Translating the Constitution Act, 1867. A Legal-Historical Perspective*, mémoire de maîtrise, Kingston, Faculty of Law, Queen's

Dès 1760, les ancêtres de nos langagiers et jurilinguistes actuels qui étaient pour la plupart à la fois juristes et traducteurs, enclenchaient un mouvement qui, trois siècles et quelque plus tard, allait aboutir à une réforme sans précédent dans la manière de produire et rédiger les textes de loi bilingues du Canada⁴. Comme les nouvelles institutions sont britanniques, les problèmes linguistiques pointent déjà sous l'habit juridique. C'est donc par le canal de la traduction des textes officiels de l'époque qu'il faut remonter aux sources de la future jurilinguistique.

L'action incessante, obstinée même, de ces générations de jurilinguistes sur nos textes juridiques a permis d'en arriver, au fil des siècles, dans la seconde moitié du XX^e siècle à une nouvelle discipline, la « jurilinguistique », synthèse des multiples travaux, recherches, commentaires et réflexions entrepris ou émis depuis les origines. Cette action a culminé dans la corédaction des lois canadiennes, modèle qui s'est répandu parmi les États bilingues et multilingues, aux quatre coins de la planète.

Pour en mesurer la portée et les effets il convient de se pencher sur l'œuvre de ces pionniers de la jurilinguistique canadienne. Cela fait, il sera possible d'évaluer l'apport des jurilinguistes non seulement à la qualité du langage du droit mais aussi à celle de la langue générale, l'une n'étant pas détachable de l'autre. Au final, à partir du constat établi, nous verrons quelles

University, 2009, en ligne : <http://qspace.library.queensu.ca/bitstream/1974/5271/1/Choquette_Hugo_YD_200909_LLM.p> (consulté le 2 mars 2017).

4. Selon un des acteurs privilégiés de l'action conduite, à l'initiative du ministère de la Justice du Canada, par les jurilinguistes canadiens, l'accent est mis « non plus sur la traduction, mais sur la rédaction. » Voir : Alexandre COVACS, « La réalisation de la version française des lois fédérales du Canada », dans Jean-Claude GÉMAR (dir.), *Langage du droit et traduction. Essais de jurilinguistique. The Language of the Law and Translation. Essays on Jurilinguistics*, Québec, Conseil de la langue française, 1982, p. 83, à la p. 86.

conclusions tirer de « l'épopée », c'est le mot⁵, que la langue française a vécue avant d'aborder, au terme de sa tumultueuse aventure, au rivage de la jurilinguistique.

Mais avant de traiter la question de l'impact de la jurilinguistique sur le langage du droit et ses textes, il me paraît utile, voire nécessaire, de parler de nos langues officielles, l'anglais et le français, pour tenter de voir plus clair dans leurs rapports et les difficultés qu'ils soulèvent, notamment lors du transfert du sens d'une langue à l'autre dans l'opération de traduction.

I. L'anglais et le français : un face à face historique

Nos recherches portent sur la comparaison, l'étude et l'analyse des deux grandes langues juridiques que sont l'anglais et le français et sur les textes de droit qui en découlent, notamment les lois, qui sont le lieu du « rendez-vous du droit et de la culture » et la « vitrine du droit », comme Sparer et Schwab l'ont justement énoncé⁶. Aussi parler de comparaison et d'étude de textes juridiques revient-il, au Canada, à mettre en jeu traduction et droit comparé, avec la culture comme axe central. Cette culture est le fruit d'une longue gestation au sein des groupements humains⁷.

-
5. Selon Étiemble, par « épopée » on doit entendre une situation où « un groupe prend conscience de lui-même, crée ses modèles et se célèbre à travers eux » : René ÉTIEMBLE, *Parlez-vous franglais ?*, Paris, Gallimard, 1964, cité dans Boris CYRULNIK, *Ivres paradis, bonheurs héroïques*, Paris, Odile Jacob, 2016, p. 9.
 6. Michel SPARER et Wallace SCHWAB, *Rédaction des lois : rendez-vous du droit et de la culture*, Québec, Conseil de la langue française, 1980.
 7. Voir, sur le sujet, Sylvio NORMAND, « La culture juridique et l'acculturation du droit : le Québec », dans Jorge A. SANCHEZ CORDERO (dir.), *La culture juridique et l'acculturation du droit*, Washington, D.C., 2010, p. 1, en ligne: <<http://isaidat.di.unito.it/index.php/isaidat/article/viewFile/56/66>> (consulté le 21 février 2017).

Après la bataille de Hastings (1066), « l'anglais cessa d'être la langue du pays [l'Angleterre] pour trois siècles »⁸. Fait peu connu, la *Magna Carta* que le roi Jean sans Terre fut contraint de signer en 1215 fut aussitôt traduite... en français. Paradoxalement, le rétablissement progressif de l'anglais comme langue officielle, à partir du *Statute of Pleading* (1362), accéléra le rythme des emprunts de l'anglais au français, notamment le vocabulaire juridique (*law French*), dont de nombreux termes viennent du normand : *assize* (de l'ancien français de même sens « assise »), *accuse*, *court*, *damage*, *justice*, *judge*, *jury*, *suit*, *sue*, *defendant*, *plea*, *felony*, *crime*, *session*. Cousines germaines, malgré les apparences, les langues anglaise et française ont beaucoup en commun. Le vocabulaire anglais contient quelque 60 pour cent de mots d'origine française (anglo-normande, plus précisément), donc latine⁹. Ses nombreux gallicismes et emprunts font ressortir la marque du français sur l'anglais contemporain jusque dans la lettre de ses lois (*law French*), voire dans l'esprit de ses institutions (*Honi soit qui mal y pense*)¹⁰. Et, à l'inverse, l'*habeas corpus*, le *trust*, entre autres institutions juridiques anglaises, se sont introduites au fil du temps dans le corpus français. Quant au français, il ne cesse d'emprunter à l'anglais depuis toujours.

Mais, au final, qui emprunte quoi à qui ? Le poids de la conquête normande sur l'histoire et l'évolution de la langue anglaise est considérable. Elle ne le fut pas moins dans l'autre sens. L'ordre des mots inversé dans *Attorney General* (avocat général), *court*

8. Alain REY et al., *Mille ans de langue française*, t. 1 « Des origines au français moderne », Paris, Perrin, 2007, p. 299.

9. Voir, sur la question, Thomas FINKENSTAEDT et Thomas D. WOLFF, *Ordered Profusion. Studies in Dictionaries and the English Lexicon*, Heidelberg, C. Winter, 1973; Joseph M. WILLIAMS, *Origins of the English Language: A Social and Linguistic History*, New York, Free Press, 1975.

10. La devise « Honi soit qui mal y pense » symbolise l'Ordre de la Jarretière. Elle est inscrite sur la jarretière qui entoure l'écusson des armoiries royales. La légende attribue au roi Édouard III la fondation, en 1348, de cet ordre de chevalerie britannique, qui possède depuis son origine cette devise en langue française (anglo-normand, en fait).

martial ou *letter patent* « témoigne de l'importance du français dans le domaine du droit » anglais, ainsi que le remarque Alain Rey¹¹.

À l'inverse, les trois siècles de domination anglaise sur le duché d'Aquitaine (1154-1453), consécutive au mariage (1152) d'Aliénor d'Aquitaine avec le futur roi d'Angleterre Henry Plantagenet (1154), « contribuèrent à introduire en Guyenne des mots d'Angleterre, qu'ils soient moyen anglais, anglo-français ou latins »¹². Cette influence s'exerça principalement dans les domaines administratifs et juridiques. Aux trois langues alors en usage en Aquitaine (latin, occitan et français), est venu se juxtaposer le français d'Angleterre pendant trois siècles. Ce brassage des langues a produit un écheveau linguistique des plus difficiles à démêler. Aujourd'hui, chacune des deux langues continue d'emprunter des mots à l'autre, mais de façon inégale selon les périodes. Si, dans la foulée de la conquête (1066), l'anglais a massivement emprunté au français, l'inverse s'est produit au Canada, après 1763, et s'est accéléré en France depuis 1945. Ce phénomène prend une ampleur telle que de nombreux linguistes, auteurs et intellectuels français dénoncent cette hégémonie de l'anglais, tantôt avec humour comme l'a si bien fait Etiemble dans *Parlez-vous franglais* ?¹³, son célèbre essai paru en 1964, tantôt de façon plus sérieuse et argumentée comme le linguiste Claude Hagège dans ses essais *L'Homme de paroles*¹⁴ et *Contre la pensée unique*¹⁵.

Au Canada, les deux langues étant en contact depuis plusieurs siècles, il est normal qu'il y ait des emprunts de part et d'autre. Ce phénomène est le propre de toutes les langues en contact. Le poids de l'anglais sur le français s'est toutefois fait plus lourdement ressentir au Canada, l'hégémonie de cette langue s'imposant au français, langue minoritaire. Cette situation découle peut-être de l'histoire de ces deux langues comme le souligne Alain

11. A. REY et al., préc., note 8, p. 306.

12. *Id.*, p. 277.

13. R. ÉTIEMBLE, préc., note 5.

14. Claude HAGÈGE, *L'Homme de paroles*, Paris, Fayard, 1985.

15. Claude HAGÈGE, *Contre la pensée unique*, Paris, Odile Jacob, 2012.

Rey, pour qui « la proximité entre le vocabulaire anglais, due à l'emprunt massif au latin et au français au Moyen Âge, et celui des langues romanes a pu donner à l'anglais une force de pénétration accrue sur le français »¹⁶. Malgré leur cousinage et tout ce qu'elles ont en commun, l'anglais et le français n'en sont pas moins des langues fort différentes à bien des égards.

1. Singularité et diversité des langues anglaise et française

De l'anglais au français, en effet, « on ne passe pas seulement d'une langue à l'autre, on passe essentiellement d'une culture à l'autre, d'un art de vivre à l'autre, d'une manière de penser à l'autre [...] »¹⁷. Ces différences sautent aux yeux. Pour le profane, elles portent essentiellement sur la phonétique, les sons que l'on entend, la prononciation, et la syntaxe, soit la manière dont les mots se combinent pour faire des phrases. Pour le linguiste, le comparatiste, ces différences sont plus profondes, subtiles, car elles tiennent à l'esprit de la langue, à son âme ou essence, ce que certains qualifient de « génie » (de la langue)¹⁸.

L'essayiste et auteur anglais, membre de l'Académie française, Michael Edwards, grand connaisseur et spécialiste de l'anglais et du français et de leur littérature, les a finement comparées, œuvres et textes à l'appui. Il en conclut que ces différences tiennent au fait que l'anglais est ancré dans le réel, alors

16. Alain REY, *L'Amour du français*, Paris, Denoël, 2007, p. 138.

17. M. SPARER et W. SCHWAB, préc., note 6, p. 154.

18. Propos que tiennent les thurifairères du français et que dénoncent les linguistes, pour qui une langue ne saurait avoir du « génie ». Ce sont les grands auteurs qui ont du génie, et non la langue qu'ils pratiquent. Il s'agit d'une métaphore littéraire, mais surtout d'un « animisme » – poétique mais pas linguistique ! Voir par exemple Jean-Claude CHEVALIER, « Une nouvelle histoire de la langue française », (2010) 3 *Modèles linguistiques* 67, en ligne : <<https://ml.revues.org/437>> (consulté le 2 mars 2017); voir aussi Louis-Bernard ROBITAILLE, « Claude Hagège, le fou des langues », *La Presse*, 24 mai 2009, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/arts/livres/entrevues/200905/24/01-859347-claude-hagege-le-fou-des-langues.php>> (consulté le 2 mars 2017).

que le français se place « dans un monde à la fois réel et cérébral ». La syntaxe anglaise oblige le rédacteur « à passer d'un événement à l'autre, alors que la syntaxe française plane un peu au-dessus de l'événement [...] et le dit avec un début, un milieu et une fin »¹⁹. On retrouve ce schéma notamment dans la manière dont sont rédigés les textes de loi conçus selon la tradition anglaise, si différente du style de rédaction qu'incarne le Code Napoléon. Reconnaissons, par exemple, que « l'anglais peut facilement se passer de prépositions entre les mots, voire de conjonctions de coordination entre les propositions alors que le français, héritier de la syntaxe latine, ne saurait s'en dispenser »²⁰.

Nous avons néanmoins affaire à une langue, l'anglais, dont « l'ordre de modification "régressif" [...] correspond à une démarche synthétique, alors qu'en français, langue analytique, l'ordre de modification "progressif" [...] correspond à une démarche analytique »²¹. Analytique contre synthétique, tel est le contraste fondamental opposant, pour les linguistes, les traits syntaxiques et stylistiques du français à ceux de l'anglais. En outre, en anglais, l'adjectif étant antéposé, l'ordre de modification est alors « régressif » en ce sens qu'il va du déterminant (l'adjectif) au déterminé (le substantif) : *eye witness*, *last will*, *punitive damages*, *United Nations*, *usual suspect*. Le français, lui, suit un ordre de modification « progressif », qui va du déterminé au déterminant, l'adjectif étant le plus généralement postposé : témoin oculaire, Nations unies, un savant émérite, une personne exemplaire²². Deux

19. Michael EDWARDS, *Racine et Shakespeare*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 67.

20. Jean-François REVEL, *L'Obsession antiaméricaine*, Paris, Plon, 2002, p. 10 et 11.

21. Sur cette question, voir Michael D. PICONE, « Le français face à l'anglais : aspects linguistiques », (1992) 44 *Cahiers de l'Association internationale des études françaises* 9, 10.

22. Lorsque l'adjectif est antéposé, en français, le sens de l'expression s'en trouve modifié. Par exemple, « un grand homme » signifie « un homme célèbre » alors qu'« un homme grand » signifie « de grande taille ». Cette question, bien plus complexe au demeurant, n'est que survolée ici. Voir Bertrand BOUTIN, « Grammaire française », en ligne :

esprits, deux styles, deux manières de penser et d'écrire. S'il fallait les qualifier d'un mot – alors que cela demanderait de longues explications –, on pourrait dire, en reprenant l'étonnant raccourci de Michael Edwards, que l'anglais est une langue « centrifuge », alors que le français serait une langue « centripète »²³. Ces traits reflètent l'esprit de ces deux peuples, l'anglais et le français, inscrit dans la singularité culturelle de leur langue et de son écriture²⁴.

2. Du style et de l'esprit des langues

On comprend mieux, de la sorte, la difficulté que pose la reformulation d'un texte d'une langue dans l'autre, obstacle que tant de traducteurs franchissent pourtant au quotidien, quelle que soit la longueur et les circonvolutions des phrases et quel que soit le domaine concerné. Celui du droit est toutefois réputé faire partie des plus complexes en raison de la façon dont s'expriment les juristes et dont sont rédigés leurs textes. L'univers du droit est une cible favorite des satiristes, à commencer par son langage, brocardé et critiqué dans la plupart des langues et cultures, aussi loin que l'on remonte. Laissons parler Montaigne pour la situation française : « Il n'est rien si lourdement, et largement fautier, que les loix : ni si ordinairement. »²⁵ De son côté, Jean-Pierre Gridel a bien résumé la question dans cette phrase : « Exposez gravement, devant des personnes non averties, que *la grosse est une expédition particulière de la minute*, et l'auditoire se demandera quel est l'établissement psychiatrique le plus adapté à votre cas. »²⁶ On

<http://www.bertrandboutin.ca/Folder_151_Grammaire/F_f_place_adj.htm> (consulté le 2 mars 2017).

23. M. EDWARDS, préc., note 19, p. 57 et suiv.; Frédéric VITOUX, « Réponse au discours de réception [à l'Académie française] de M. Michael Edwards », 22 mai 2014, en ligne: <<http://www.academie-francaise.fr/reponse-au-discours-de-reception-de-m-michael-edwards>> (consulté le 2 mars 2017).
24. Voir Jack GOODY, *The Logic of Writing and the organization of Society*, Cambridge University Press, 1986; Jack GOODY, *The Power of the Written Tradition*, Washington, Smithsonian Institution Press, 2000.
25. Michel Eyquem de MONTAIGNE, *Essais*. Livre 3, 1580, chap. 13.
26. Jean-Pierre GRIDEL, *Introduction au droit et au droit français*, Paris, Dalloz, 1994, p. 23.

trouverait à peu près la même chose dans un texte juridique allemand, anglais ou espagnol équivalent (jargon des notaires)²⁷. Par contre, la façon de rédiger les textes juridiques, leur style, varie d'une langue à l'autre, parfois de façon considérable, comme c'est le cas entre l'anglais et le français. Ce style de rédaction est celui que de grands juristes ont forgé au cours de l'histoire du droit d'un pays, qu'ils ont illustré, recommandé ou prescrit dans leurs écrits, doctrinaux comme jurisprudentiels. Malgré la proximité des rapports que les langues et les systèmes juridiques entretiennent, le droit, dans la lettre comme dans l'esprit, n'est pas exprimé de la même façon d'une langue à une autre ni d'un système juridique à un autre. Le *common lawyer* ne rédige pas de la même façon que son homologue civiliste, méthode de Coode et principes de Montesquieu obligent²⁸. Comme Condillac l'a bien exprimé dans son *Discours de réception à l'Académie française*, « [l]es tours dont elle [la langue maternelle] nous fait habitude, sont comme les moules de nos pensées ».²⁹

-
27. Pour la situation de ces langues, voir Heikki E.S. MATTILA, *Jurilinguistique comparée*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012.
28. George COODE, *On Legislative Expression; or the Language of the Written Laws*, Philadelphie, T. & J. W. Johnson, 1848; Charles Louis de Secondat MONTESQUIEU, *De l'Esprit des loix*, Genève, Barillot & Fils, 1758.
29. Etienne Bonnot de CONDILLAC, « Discours de réception à l'Académie française », 1768, en ligne : <<http://www.academie-francaise.fr/discours-de-reception-de-labbe-de-condillac>> (consulté le 15 juin 2017).

En français, suivant le modèle du *Code Napoléon*, on pose un principe général, sous-entendant des choses censément connues. *Intelligenti pauca* (à qui sait comprendre, peu de mots suffisent), pensait Stendhal, ce grand styliste³⁰. Aussi, en français, le verbe, mot porteur de la charge sémantique principale dans la phrase³¹, vient-il souvent en tête dans les dispositions de ses codes et lois.

Quant à l'anglais, il juxtapose, place souvent les conditions en tête de phrase, d'article, de disposition ou de clause. Ce style est celui que les lois du Royaume-Uni ont exposé pendant des siècles. Il a servi de modèle pour rédiger les lois du Canada (dont la Constitution de 1867), et on le trouve, par exemple, dans l'article 6 du *Trade Union Act* de 1913³² :

30. Marie-Henri BEYLE, dit STENDHAL, *Le Rouge et le Noir*, Paris, Le Divan, 1927, p. 384 (PDF), en ligne : <<https://beq.ebooksgratuits.com/vents/Stendhal-rouge.pdf>> (consulté le 2 mars 2017).

31. Comme le montrent les travaux et recherches des linguistes. Voir, par exemple, Éric CASTAGNE, « Verbes et prépositions : réflexions sur leur contribution syntactico-sémantique dans l'organisation du français et de l'italien », p. 18, en ligne : <<http://logatome.eu/publicat/Nancy2002.pdf>> (consulté le 28 juin 2017), originalement publié dans le numéro thématique Jean-Emmanuel TYVAERT (dir.), « Sémantique des verbes. Nouvelles approches », (2001) 23 *Verbum* 415: « Les observations que nous avons faites sur les fonctionnements syntaxiques et les valeurs sémantiques des constructions V + Prép + GN viennent confirmer l'idée que le français et l'italien sont des langues qui accordent de préférence la toute-puissance syntaxique et sémantique au verbe [...] ». Voir également : Gaston GROSS, *Manuel d'analyse linguistique. Approche sémantico-syntaxique du lexique*, Villeneuve-d'Ascq, Presses universitaires de France, 2012.

32. 1913, c. 30, 39 & 40 Vict. c. 22.

6. Effect may be given to the exemption of members to contribute to the political fund of a union either by a separate levy of contributions to that fund from the members of the union who are not exempt, and in that case the rules shall provide that no moneys of the union other than the amount raised by such separate levy shall be carried to that fund, or by relieving any members who are exempt from the payment of the whole or any part of any periodical contributions required from the members of the union towards the expenses of the union, and in that case the rules shall provide that the relief shall be given as far as possible to all members who are exempt on the occasion of the same periodical payment and for enabling each member of the union to know as respects any such periodical contribution, what portion, if any, of the sum payable by him is a contribution to the political fund of the union.

Dans cet article, typique du style de rédaction des lois britanniques, le texte de la disposition court sur 169 mots sans point ni point-virgule, ce qui requiert du souffle pour tout lecteur. Ce n'est pas l'usage dans la tradition française, comme l'on sait, au moins depuis le *Code Napoléon* (1804), où la longueur moyenne d'une disposition se situe entre 15 et 23 mots³³.

Le chassé-croisé de l'anglais et du français au cours de leur longue histoire commune montre qu'à moins d'être un philologue averti, il n'est jamais simple de s'assurer qu'un mot est issu de l'une ou de l'autre langue. Un exemple permettra de mieux le comprendre, celui du terme « verdict », bien établi en français, et depuis longtemps (1669). Or, comme le signale Littré dans son *Dictionnaire de la langue française*³⁴, il s'agit d'un emprunt à

33. On trouvera ces questions exposées en détail dans J.-C. GÉMAR, préc. note 2, p. 109 et suiv.

34. Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, t. 4, Paris, Hachette, 1873-1874, p. 2453, version électronique créée par François GANNAZ, en ligne : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k54066991/f1064> (consulté le 29 juin 2017) (ci-après : « Littré »).

l'anglais *verdict* (XV^e s.), lui-même emprunté à l'anglo-normand *verdit* (XIII^e s.), qui s'écrivait en ancien français *voirdit* (1276) ou *veirdit*. Tous deux découlent du latin médiéval *verdictum*, variation de *verumdictum*, *veredictum*, soit « véritablement dit ». Le mot *verdictum* a été repris et réintroduit en français pendant la Révolution française au sens de *verdict*³⁵. Depuis, sa valeur n'a plus varié autrement que dans ses modalités.

On en déduira que la signification d'un mot, la question de son origine ou de sa provenance ne seront tranchées – si tant est que cela soit faisable – qu'au terme d'une analyse philologique poussée et, parfois, complexe. En sorte qu'il est difficile d'avancer avec certitude qu'il s'agit d'un gallicisme, d'un anglicisme, d'un latinisme, ou d'un... archaïsme. Pourtant, tel est le cas de nombre de mots et termes anglais et français, dont les origines et le cheminement nous sont pour le moins obscurs.

Ce qui, pour la langue courante, représente un obstacle considérable à franchir, l'est davantage encore lorsque l'on a affaire à une « langue de spécialité »³⁶ comme celle du droit, là où chaque terme pèse son poids de notion juridique particulière, rattachée à une tradition, un système et des normes ou règles propres à un État. Les causes de ces difficultés sont aussi nombreuses que variées. On en trouve une bonne part énoncée dans les travaux et ouvrages que l'on doit autant à des langagiers qu'à des juristes.³⁷

35. Que Littré définit ainsi : « Résultat de la délibération du jury » : *id.*

36. On dit aussi « langue spécialisée ». Voir sur la question : Pierre LERAT, *Les langues spécialisées*, Paris, PUF, 1995.

37. Comme il serait vain de vouloir en établir une liste exhaustive, je me borne à la courte sélection suivante : Louis BAUDOUIN, *Les Aspects généraux du droit privé dans la Province de Québec*, Paris, Dalloz, 1967, p. 37-48; Louis BAUDOUIN, *Le Droit civil de la Province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1963, p. 78; Adjutor RIVARD, « De la technique législative. Suite », (1923)1 *La Revue du Droit* 252; Emmanuel DIDIER, *Langues et langages du droit. Étude comparative des modes d'expression de la Common Law et du droit civil, en français et en anglais*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990. Voir également la riche et incontournable bibliographie de jurilinguistique française établie par le Centre de traduction et de terminologie juridiques

II. Les pionniers de la jurilinguistique canadienne

Il faut croire que ces critiques et remarques ont été entendues lorsque l'on se penche sur les réalisations des jurilinguistes et sur l'apport de la jurilinguistique à un langage du droit qui est allé en se bonifiant, en clarté, simplicité et concision, dans les textes de lois que produisent le Canada depuis la seconde moitié du XIX^e siècle, avec l'œuvre pionnière des Antoine Gérin-Lajoie et Eugène-Philippe Dorion, puis certaines de ses provinces, dont le Québec, plus particulièrement, avec sa tradition civiliste.

Un des pionniers, sinon le premier de la série, est le célèbre juriste et traducteur François-Joseph Cugnet (1720-1789)³⁸. Il sera suivi de nombreux autres, dont Antoine Gérin-Lajoie, François-Xavier Garneau, Eugène-Philippe Dorion, Joseph-François Perrault³⁹. Les effets de leurs actions se font encore sentir dans nos lois, jugements et contrats. Et cela depuis l'épopée du terme si controversé, « Puissance » (du Canada)⁴⁰, dans l'*Acte de l'Amérique*

(CTTJ) de la Faculté de droit de l'Université de Moncton (N-B) : Micheline BOUDREAU, Sylvette SAVOIE THOMAS et Gérard SNOW, « Liste des monographies et articles sur la jurilinguistique française », 20 décembre 2016, en ligne : <<http://www.cttj.ca/Documents/Monographiesetarticlesurlajurilinguistiquefr.pdf>> (consulté le 28 juin 2017).

38. La vie mouvementée et la carrière controversée de François-Joseph Cugnet en font un personnage hors du commun. Voir *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. III, en ligne : <http://www.biographi.ca/fr/bio/cugnet_francois_joseph_4F.html> (consulté le 9 mars 2017). Voir aussi : Pierre DAVIAULT, « Traducteurs et traduction au Canada », dans *Mémoires de la Société royale du Canada*, série 3, t. 38, 1944, p. 67-87; Paul Horguelin, « Les premiers traducteurs (1761 à 1791) », (1977) 22 *Meta* 15; Marine LELAND, « François-Joseph Cugnet (1720-1789) », (1961) 16-1 *Revue de l'Université Laval* 3 et (1966) 21-4 *Revue de l'Université Laval* 378.
39. Voir, sur ces personnages, le numéro spécial « Histoire de la traduction au Canada », préc., note 2.
40. Qui était censé traduire *Dominion*. Voir sur la question Jean DELISLE, « À travers le prisme de l'histoire : Traduire *dominion* par "puissance" : était-ce une "absurde vanterie"? », (2012) 8-4 *L'Actualité langagière* 18, en ligne : <http://publications.gc.ca/collections/collection_2012/tpsgc-pwpsc/S52-4-8-4.pdf> (consulté le 25 juillet 2017).

du Nord Britannique, la Constitution canadienne (1867), jusqu'aux difficultés, encore récentes, que posaient, dans nos lois, nombre de termes dont la complexité procède soit du droit, soit de la langue, soit d'une combinaison des deux. Citons, entre autres, « corporation », « évidence », « offense », « recours (collectif) », « droits humains », « orateur » ou « statut »⁴¹.

Comme le montre l'œuvre pionnière des premiers « jurilinguistes », « la réflexion sur les mots et la langue semble être de très longue tradition au Canada français, et sans hiatus »⁴². Pourtant, au début, le français des proclamations est, de façon générale, « de bonne venue »⁴³, cela grâce aux secrétaires bilingues (tous britanniques de descendance française!). La situation ne tarde pas à se détériorer rapidement lorsque l'administration militaire fait place au régime civil, fin août 1764, et qu'au lieu d'être (co)rédigées en français, les proclamations sont traduites de l'anglais au français. C'est ainsi que l'on commence à trouver des traductions comme celles-ci : *his office hours* est traduit par « aux heures de son office » ou *within (eight days)* par « en-dedans de (huit jours) »⁴⁴. Le reste est à l'avenant, avec les conséquences que l'on imagine sur la qualité de la langue d'arrivée dans le terme long des siècles⁴⁵.

1. Les premiers traducteurs : des juristes

Le premier traducteur officiel de l'histoire du Canada, le juriste François-Joseph Cugnet, personnage célèbre mais controversé, est nommé « *French Translator* » et « *Secretary to the Governor and Council* », en 1768. Il le restera vingt ans, laissant une image mitigée de « bon traducteur moyen » selon Pierre Daviault,

41. Voir sur cette question l'étude de Wallace SCHWAB, *Les anglicismes dans le droit positif québécois*, Québec, Conseil de la langue française, 1984.

42. Nada KERPAN, « Histoire de la terminologie au Canada et au Québec », (1977) 22 *Meta* 45, 48.

43. P. HORGUELIN, préc., note 38, 15.

44. *Id.*

45. Sur la place et le statut de la traduction au Québec, voir Sherry SIMON « Éléments pour une analyse du discours sur la traduction au Québec », (1988) 11 *Traduction, terminologie, rédaction* 63.

qui ajoute qu'« il a un style qui se ressent de l'influence de l'anglais. C'est déjà, dans la tournure de la phrase, la naissance de cette langue de traduction qui est maintenant notre plaie »⁴⁶. D'après Marine Leland, une des biographes de Cugnet, citée par Gouin, la besogne « traductionnelle » de Cugnet est jugée « honorable »⁴⁷. C'est à partir de sa disparition (1789) que les choses se sont aggravées pour la langue française jusqu'au milieu du XIX^e siècle, la traduction étant le plus souvent confiée, d'après Gouin, à des gens « de formation anglaise »⁴⁸. Daviault qualifie cette période de « noire »⁴⁹.

Voilà comment s'est établie la situation caractérisant le français des textes officiels depuis les tout débuts de leur traduction de l'anglais au français, soit à partir de la Proclamation royale (7 oct. 1763). Celle-ci met en place le régime civil, instauré par la Grande-Bretagne, qui a succédé au régime militaire. La situation a commencé de s'améliorer dès le moment où les relations avec la France ont repris leur cours (1855). Ce progrès est dû, notamment, à la grande figure de la traduction française de l'époque, Antoine Gérin-Lajoie (1824-1882), accompagné de Guillaume Lévesque au bureau de traduction des lois. Suit dès lors une brochette de talentueux personnages, auteurs et hommes de lettres, dont l'historien et notaire François-Xavier Garneau, traducteur de 1842 à 1844 à l'Assemblée législative du Canada-Uni⁵⁰, l'avocat Eugène-Philippe Dorion, érudit versé dans les langues et traducteur de l'Acte de l'Amérique britannique du Nord (AABN), texte fondateur du Canada. C'est à lui que l'on doit la réorganisation des bureaux de traduction de l'Assemblée législative qui devait durer jusqu'à la centralisation de 1934. Cette année-là vit la naissance du Bureau

46. P. Daviault, préc., note 38, 83, également cité dans P. HORGUELIN, préc., note 38, 23.

47. J. GOUIN, préc., note 2, 28. GOUIN réfère de manière générale à Marine LELAND, « François-Joseph Cugnet (1720-1789) », (1961-1964) 16 à 19 *Revue de l'Université Laval*.

48. J. GOUIN, préc., note 2, 29.

49. P. DAVIAULT, préc., note 38, 87.

50. Marc LEBEL, « François-Xavier Garneau, traducteur », (1977) 22 *Meta* 33, 33-36.

des traductions, puis celle du service de terminologie, en 1953, creuset où le levain de la normalisation terminologique devait contribuer à façonner la jurilinguistique proprement dite et ses servants : les jurilinguistes⁵¹.

2. Les précurseurs des jurilinguistes

L'action et l'œuvre de ces pionniers de la jurilinguistique ne sauraient être passées sous silence. On leur doit d'avoir créé, au sein des structures administratives qui allaient être progressivement établies, un cadre de réflexion sur les langues anglaise et française et d'analyse critique de leurs textes, notamment des textes juridiques. Cela a favorisé l'éclosion d'une méthode de travail qui, devenant de plus en plus rigoureuse au fil des ans et des générations de traducteurs et de langagiers, a donné naissance, dans le courant des années 1970, à la jurilinguistique, soit au confluent des rivières du droit et de la linguistique.

La comparaison de l'anglais et du français réserve des surprises aux traducteurs et aux terminologues. Sous le couvert de mots apparemment identiques, elle révèle une proximité trompeuse issue de leur histoire commune que montrera une simple analyse comparée. Ce cousinage linguistique ne doit cependant pas faire illusion sur la réalité de ce qui les distingue, sur les plans sémantiques et culturels, notamment lorsque ces langues doivent passer par le filtre que présente la traduction d'un texte, quels qu'en soient le domaine et le contenu. Le résultat de cette épreuve peut montrer que le mot ou le terme ne tient pas nécessairement le rôle capital qui lui est généralement attribué en terminologie, selon que la traduction sera faite en suivant la lettre du texte de départ ou

51. Le terme « jurilinguistique » est d'apparition récente. Il est daté de 1982, lorsque le Conseil de la langue française a publié une étude collective bilingue sur cette question, « Langage du droit et traduction. Essais de jurilinguistique. The Language of the Law and Translation. Essays on Jurilinguistics », réalisée sous la direction de Jean-Claude Gémard, préc., note 4.

selon l'esprit de la langue d'arrivée infusé dans le texte d'arrivée, soit en fonction de la culture qui les sous-tend.

Ces principes de traduction valent pour toutes les langues de Babel et ont beaucoup varié au cours des âges, tel ou tel peuple privilégiant l'un ou l'autre à un moment donné de son histoire. On sait que la traduction⁵², depuis son apparition, en 1760, dans le cours de l'histoire du futur Canada, a joué un rôle indispensable mais également critique dans l'évolution de ce pays. Elle est passée d'un extrême, la traduction littérale, voire le mot à mot des débuts, à une traduction plus respectueuse de l'esprit véhiculé par les deux langues officielles du Canada, les plaçant ainsi sur un pied d'égalité. Tel n'a pas toujours été le cas au cours d'une histoire des plus mouvementées, qui remonte aux origines de ces deux langues, l'une prenant tantôt le dessus sur l'autre, et vice versa.

III. L'apport des jurilinguistes à la langue française

Les exemples concrets de l'action, mal connue, des pionniers de la jurilinguistique se comptent par centaines. Ils remontent à l'origine de la traduction des documents officiels et se sont succédé sur plusieurs siècles, de 1793 à nos jours. Le message porté par le droit doit emprunter la voie linguistique pour s'exprimer. Or, les langues sont soumises aux aléas du langage humain, avec ses ambiguïtés, son flou⁵³, outre les lacunes et imperfections nombreuses, qui tiennent à la nature imparfaite des langues. Les difficultés que cela pose à la compréhension, à l'interprétation des mots et des textes sont exacerbées dans les situations de langues en contact comme le sont l'anglais et le français au Canada. Si, dans la communication courante, ces difficultés ne causent pas trop de

52. Ce terme englobe l'interprétation, qui est le fait de l'interprète, personne qui traduit les paroles d'un orateur, le dialogue entre deux personnes, etc. Les interprètes ont joué un grand rôle, aux tout débuts de la Nouvelle-France comme par la suite de la colonisation. Voir Jean DELISLE, « Les pionniers de l'interprétation au Canada », (1977) 22 *Meta* 5.

53. Qui nous renvoie aux « notions floues » en droit. Voir Ejan MACKAAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », (1979) 12-53 *Langages* 33.

problèmes (cela reste à voir), dans le domaine du droit il en va tout autrement car elles peuvent avoir des conséquences fâcheuses. C'est ainsi que le législateur est parfois obligé de définir ou préciser les termes employés dans la loi afin d'éviter tout quiproquo.

Tel est le cas du terme anglais *property*, susceptible de deux acceptions en français : « bien » et « propriété », que le *Code criminel* du Canada présente dans la version française de son paragraphe 4 (1) :

<p>4. (1) <i>For the purposes of this act, a postal card or stamp referred to in paragraph (c) of the definition of "<u>property</u>" in section 2 shall be deemed to be a chattel [...].</i></p>	<p>4. (1) Pour l'application de la présente loi, une carte postale ou un timbre mentionné à l'alinéa c) de la définition de « biens » ou « propriété » à l'article 2 est censé un bien meuble [...].</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Aussi ai-je choisi de présenter d'abord quelques volets de ces difficultés linguistiques, qui n'en sont pas moins également juridiques, avant de parler des réalisations des jurilinguistes canadiens et de leur apport à la qualité du langage du droit et de la langue générale. Je m'en tiendrai ici à quelques exemples, de nature terminologique, notionnelle, phraséologique et stylistique, laissant de côté les aspects essentiellement grammaticaux et syntaxiques, dont on pourra néanmoins prendre une mesure de la complexité, par exemple, dans l'article « Être à l'emploi de »⁵⁴.

Pour des raisons purement formelles de classification, les termes et locutions étudiés sont classés en trois catégories principales, soit ceux qui :

1. Présentent des difficultés pour des raisons essentiellement linguistiques (anglicisme, archaïsme, barbarisme, calque, faux sens, etc.);

54. Jean-Claude GÉMAR, « Être à l'emploi de », (2008) 5-4 *L'Actualité langagière* 13.

2. Posent un problème juridique (les notions varient d'un système à l'autre; le terme et sa notion n'existent pas dans le système et la langue d'arrivée, etc.);

3. Posent un problème double, à la fois linguistique et juridique, ce qui est très fréquent.

Cette classification ne vise pas l'exhaustivité, mais est assez représentative de la situation à laquelle se trouvent confrontés quotidiennement juristes, jurilinguistes et traducteurs. Parmi les nombreux termes et locutions critiquables (p. ex. « à l'effet que ») que le législateur fédéral ou provincial a plus ou moins éliminés de ses textes, figurent, dans l'ordre alphabétique et non chronologique, les suivants : « adjudication », « corporation », « officier », « orateur », (dommages) « punitifs », « recours » (« recours collectif » remplacé par « action collective »), « statut » (remplacé par « loi »), « *subpoena* », « termes et conditions ». Voici ce que cela donne pour chaque catégorie :

1. officier, orateur, législature, statut, *subpoena*, ...
2. action/recours (collectif), adjudication, corporation, ...
3. compagnie, droits humains, opinion, termes et conditions, ...

Faute de place dans un article, il n'en sera traité qu'un dans chacune de ces catégories⁵⁵. Pour l'exemple qu'ils représentent, « orateur » a été retenu ici dans la première catégorie, « adjudication » dans la deuxième et l'expression « termes et conditions » pour la troisième, parce qu'elle comporte, en droit des contrats, une dimension à la fois linguistique (anglicisme) et juridique (notion véhiculée), à l'instar du terme « corporation » d'ailleurs, dont le traitement exhaustif nous entraînerait trop loin.

Je commencerai toutefois par le vocable « Puissance », même s'il relève de la troisième catégorie, parce qu'il a fait couler beaucoup

55. Les personnes intéressées les trouveront traités, avec beaucoup d'autres, dans un ouvrage récent : Jean-Claude GÊMAR et VO Ho-Thuy, *Nouvelles difficultés du langage du droit au Canada. Dits et maux de Thémis*, Montréal, Thémis, 2016.

d'encre et suscité le plus de controverses, sur les plans politique et linguistique, depuis la naissance du Canada du fait de la Constitution, l'*Acte de l'Amérique britannique du Nord* (AABN), où il apparut dans la version traduite en français, entre autres dans l'article 3 ci-dessous : « **Puissance** » (du Canada).

<p>It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice of Her Majesty's Most Honourable Privy Council, to declare by Proclamation that, on and after a Day therein appointed, not being more than Six Months after the passing of this Act, the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick shall form and be One Dominion under the Name of Canada; and on and after that Day those Three Provinces shall form and be One <u>Dominion</u> under that Name accordingly.</p>	<p>Il sera loisible à la Reine, de l'avis du Très Honorable Conseil Privé de Sa Majesté, de déclarer par proclamation qu'à compter du jour y désigné, mais pas plus tard que six mois après la passation de la présente loi, les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ne formeront qu'une seule et même <u>Puissance</u> sous le nom de Canada; et dès ce jour, ces trois provinces ne formeront, en conséquence, qu'une seule et même <u>Puissance</u> sous ce nom.</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

C'est une traduction peu crédible de l'anglais *Dominion* (of *Canada*). L'histoire de ce terme est bien connue des langagiers. Ils savent que la traduction de l'Acte de l'Amérique britannique du Nord a été effectuée par Eugène-Philippe Dorion, traducteur émérite dont la langue et les connaissances linguistiques étaient jugées supérieures par ses contemporains, lequel n'aurait pas commis une telle impropriété de son propre chef. Ce que l'on sait moins dans le grand public, c'est que la traduction de l'anglais *Dominion* par le terme « Puissance » lui fut imposée par George-Étienne Cartier, l'éminent homme politique de cette période cruciale de l'histoire du Canada et l'un des pères de la Constitution. C'est une décision politique prise pour une « raison d'État ». Celle-ci prime la raison linguistique au prix d'un faux sens, le mot « puissance » n'ayant pas

la valeur que l'on aurait souhaité lui voir reconnue. Selon la définition qu'en donne Littré, une « puissance » est un « État souverain »⁵⁶ comme la France et la Grande-Bretagne, ce que n'était pas le Canada d'alors, inféodé à la puissance tutélaire britannique et dont la constitution avait été rédigée, en anglais, à l'étranger. Néanmoins, la résistance de ce mot ne laisse pas d'étonner. Critiqué et dénoncé avec force par les traducteurs, les langagiers, des politiciens et des auteurs, il ne disparaîtra des textes et documents officiels que progressivement à partir de 1951⁵⁷. De nos jours encore, le débat n'est pas clos. Jean Delisle évoque l'essai de John Saul, *Mon pays métis*, où l'auteur regrette la « traduction politique » et « domestique » (au sens de traduction ayant un sens local particulier) qu'avait imposée George-Étienne Cartier⁵⁸.

Depuis la controverse qu'a suscitée cette traduction inappropriée, de nombreux termes et expressions ont disparu de nos lois et règlements, quoique d'autres y résistent encore. Les jurilinguistes ne sont pas près de chômer! Car il reste tant à faire, non seulement dans les textes législatifs, pourtant bien améliorés, mais encore dans les textes judiciaires, ainsi que dans les contrats, textes où seul compte le savoir-faire des rédacteurs, comme dans les textes de doctrine, qui ne sont pas immunisés. Le nombre de « difficultés » que l'on rencontre dans les textes juridiques découle, historiquement, de mauvaises traductions qui, à force d'être répétées, ont fini par s'ancrer dans les habitudes, orales et écrites, des juristes. Elles sont d'autant plus difficiles à déraciner qu'elles font partie, ou presque, de la langue quotidienne. La grande majorité des difficultés qu'elles posent sont d'ordre linguistique, comme le montrent les exemples qui suivent, bien que cela ne se réalise que dans le contexte juridique, d'où l'appellation justifiée de ce phénomène particulier qu'est la « jurilinguistique ».

56. É. LITTRÉ, préc., note 34, t. 3, p. 1382, en ligne : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5460034d/f1390> (consulté le 16 juillet 2017).

57. J. DELISLE, préc., note 40, 21.

58. John SAUL, *Mon pays métis. Quelques vérités sur le Canada*, Montréal, Boréal, 2008, cité dans J. DELISLE, *id.*

1. Difficultés d'ordre linguistique

Ces difficultés d'ordre linguistique découlent souvent de mauvaises traductions de l'anglais. Des termes tels que « offense », « officier », « orateur », « législature », « statut », « *subpoena* » sont bien connus du grand public, qui semble le plus souvent ignorer qu'ils peuvent être des anglicismes, selon le contexte où ils apparaissent, et les utilise sans état(s) d'âme. Ce sont des cas d'école que l'on étudie dans nos salles de cours comme exemples à ne pas suivre. Une « infraction » n'est pas une « offense » (calque de l'anglais *offence*); un « président » de séance ou de session, au Parlement, n'est pas un « orateur » (traduction littérale de l'anglais *speaker*); un « statut » (traduction littérale de l'anglais *statute*) n'est pas une loi (ni « acte », traduction littérale de *act*), mais, selon le *Petit Robert*, l'« [e]nsemble des lois qui concernent l'état et la capacité d'une personne (statut personnel) »⁵⁹; « *subpoena* », mot latin intégré au vocabulaire de la procédure en *common law*, est encore présent dans le nouveau *Code de procédure civile*, à l'article 835, qui traite d'assignation, parmi les autres termes qu'emploie le législateur :

Dans les lois et leurs textes d'application, l'assignation d'une personne par assignation, **subpoena**, sommation, bref ou par quelque autre moyen équivaut à sa citation à comparaître et un acte de procédure ne peut être invalidé du seul fait qu'il soit identifié sous l'un de ces vocables plutôt que comme une « citation à comparaître » ou, à l'inverse, a été identifié comme une « citation à comparaître » plutôt que comme l'un de ces vocables.⁶⁰

Il y a pire encore lorsque la traduction calquée porte sur une forme stylistique propre à la langue de départ, comme dans cet exemple, tiré du *Code criminel* :

59. Josette REY-DEBOVE et Alain REY (dir.), *Le Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* 2016, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2016, p. 2431 (ci-après : « *Robert* »).

60. *Code de procédure civile*, RLRQ, c. 25.01, art. 835.

<p>4 (1) [...] a postal card or stamp referred to in paragraph (c) of the definition <i>property</i> in section 2 shall be deemed to be a chattel and to be equal in value to the amount of the postage, rate or duty expressed <u>on its face</u>.</p>	<p>4 (1) [...] une carte postale ou un timbre mentionné à l'alinéa c) de la définition de <i>biens</i> ou <i>propriété</i> à l'article 2 est censé un bien meuble et d'une valeur égale au montant du port, de la taxe ou du droit exprimé <u>à sa face</u>.</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

La traduction française littérale de la locution anglaise *on its face*, nous prévient l'Office québécois de la langue française (OQLF), est un calque de l'anglais « à éviter »⁶¹. L'anglais lui attribue deux acceptions différentes (de prime abord / à l'évidence) et cela peut induire le lecteur en erreur : quelle acception retenir?

Ne pouvant traiter ici tous ces termes de façon exhaustive, je me bornerai à présenter le cas relativement simple du terme « officier », qui nous plonge inmanquablement dans l'univers onirique de l'époque stendhalienne du Rouge et du Noir, voire de celle d'Alexandre Dumas, évoquant davantage la cape et l'épée que « l'officier de maison » (entendre : personne préposée à la table d'une grande maison). Or, il s'agit bien, en français juridique d'aujourd'hui, selon la définition du *Trésor de la langue française*, d'une personne « qui a un office, qui exerce une fonction particulière, qui remplit une charge »⁶²; ce sens est vieilli pour tout autre domaine, selon le *Robert*. En dehors des « officiers de guerre », ou « officiers militaires » comme on disait autrefois, l'emploi du mot

61. Office québécois de la langue française, « Anglicismes phraséologiques », *Banque de dépannage linguistique*, mis à jour le 2 mai 2017, en ligne : <http://bdl.oqlf.gouv.qc.ca/bdl/gabarit_bdl.asp?id=4835> (consulté le 12 juin 2017).

62. Jacques DENDIEN (dir.), *Trésor de la langue française informatisé*, Analyse et traitement informatique de la langue française, « officier », en ligne : <<http://stella.atilf.fr/>> (consulté le 29 juin 2017) (ci-après : « *Trésor* »).

« officier » au sens où ce vocable est employé dans le texte ci-dessous, est aujourd'hui taxé d'archaïque :

Poursuivie pour le paiement du solde des travaux, la municipalité invoquait la règle stricte empêchant qu'elle soit liée par l'un de ses **officiers** autrement qu'en conformité avec les dispositions du contrat initial pour refuser de payer ce solde.⁶³

Or, il est encore présent dans nos textes administratifs et juridiques malgré les recommandations contraires de plusieurs autorités linguistiques du Canada. La raison première tient à ses racines françaises datant de l'ancien régime et de ses textes officiels dont la trace est toujours visible dans les traductions des premiers grands textes historiques d'après la conquête :

<p>"IV. <i>And whereas the Provisions, made by the said Proclamation, in respect to the Civil Government of the said Province of Quebec, and the Powers and Authorities given to the Governor and other <u>Civil Officers</u> of the said Province,</i></p>	<p>IV. "Et comme les réglemens faits par la dite Proclamation, eu égard au gouvernement civil de la dite province de Québec; ainsi que les pouvoirs et autorités données au Gouverneur et autres officiers civils en la dite province [...]"⁶⁴</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

et, par la suite, jusque dans le texte fondateur du Canada :

Le conseil exécutif d'Ontario et de Québec se composera des personnes [...] et des **officiers** suivants, savoir : le procureur-général, le secrétaire et registraire de la province, le trésorier de la province, le commissaire des terres de la couronne, et le commissaire d'agriculture et des travaux publics et — dans la province de Québec — l'orateur du conseil législatif, et le solliciteur général.⁶⁵

63. *Guy Dubois et Associés Inc. c. Ville de Granby*, 2004 CanLII 32255, par. 169 (QC C.Q.).

64. *Acte de Québec de 1774*, 14 Geo. III, c. 83 (R.-U.).

65. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 63.

Nous avons donc affaire à la fois à un archaïsme, conforté par la présence continue de l'anglais *officer*, et à un anglicisme, ce dernier mot étant trop souvent calqué en français, bien que leur sens ne soit pas identique sur tous les plans. En effet, l'anglais *officer* possède une acception que n'a pas le français⁶⁶. D'après l'*Oxford Dictionary*⁶⁷, ce mot signifie aussi « *holder of a senior post in a society, company, or other organization: a chief executive officer.* » Or, aucun des grands dictionnaires généraux de la langue française (*Dictionnaire de l'Académie française*⁶⁸, *Dictionnaire de français Larousse*⁶⁹, Robert, Trésor) ne signale cette acception. La différence apparaîtra plus nettement si l'on remonte aux origines de ce mot pour en suivre l'évolution jusqu'à nos jours.

Le mot « officier » (1327) vient du latin médiéval *officiarius* (« personne pourvue d'une charge »), dérivé du latin classique *officium* (« action de rendre service, de se mettre en avant »), qui a donné « office, emploi, fonction ». Ce mot s'employait pour désigner le serviteur domestique, l'agent domanial (1098) et l'appariteur judiciaire.

Par « officier », on entend celui qui détient un office, une charge. Aujourd'hui, ce sens est archaïque ou historique, mais réalisé dans un certain nombre de titres, les uns archaïques, les autres encore en usage comme « **officier de justice** » (fin XIV^e s.)

-
66. Cela dit, les mots « officier » et *officer* ont la même origine puisque, selon le *Online Etymology Dictionary*, entre autres, l'anglais est issu du premier (début XIV^e s.) avec le même sens que lui : « one who holds an office (originally a high office) » : *Online Etymology Dictionary*, « officer », en ligne : <<http://www.etymonline.com/index.php?l=a&p=0>> (consulté le 29 juin 2017).
67. Oxford Dictionaries, Oxford University Press, « officer », en ligne : <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/officer>> (consulté le 14 juillet 2017).
68. Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française en ligne*, 9^e éd., Paris, ATILF, « officier », en ligne : <<http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>> (consulté le 16 juillet 2016).
69. *Dictionnaire de français Larousse*, « officier », en ligne : <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>> (consulté le 16 juillet 2017) (ci-après : « Larousse »).

(« titulaire d'une fonction juridique »). Sous la Révolution apparaissent « officier municipal » (1790), soit une personne ayant une tâche dans l'administration des communes, puis « officier de l'état civil » dans le *Code Napoléon* (1804), suivi de « officier ministériel » (1807), soit une personne ayant charge d'un office ministériel ou « public »; enfin, « officier public », qui désigne une personne (notaire, greffier, huissier, officier de l'état civil, etc.) investie d'un office auquel sont rattachées des fonctions indépendantes de cette administration.

Dans son *Dictionnaire universel* (1690)⁷⁰, Furetière livre cette observation intéressante pour le monde judiciaire : « Les *Officiers Subalternes*, sont les Juges qui exercent la justice au nom des Seigneurs dans leurs terres. » Un siècle plus tard, Féraud signale, dans son *Dictionnaire critique de la langue française*⁷¹, que l'on écrivait aussi ce mot « Officier » et donne cet exemple : « *Officier du Parlement, de l'Évêque, de Ville, de Justice, de guerre. Les grands Officiers de la Couronne, etc.* ». La définition correspondant à « Qui a un Office, une Charge » n'apparaît que dans la cinquième édition du *Dictionnaire de l'Académie française*⁷². Littré la reprend dans son dictionnaire⁷³.

En français moderne, l'usage dominant concerne les hiérarchies de police (« officier de police ») et militaire. Le mot

70. Antoine FURETIÈRE, *Dictionnaire universel*, Contenant généralement tous les mots françois, tant vieux que modernes, & les termes de toutes les sciences et des arts, La Haye, A. et R. Leers, 1701, « officier », en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k50614b/f42.image>> (consulté le 5 juillet 2017) (ci-après : « *Dictionnaire universel* »).

71. Jean-François Féraud, *Dictionnaire critique de la langue française*, t. 3 (O-Z), Paris, France-Expansion, 1787, « officier », en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k50603p>> (consulté le 16 juillet 2017).

72. Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, t. 1 (a-k), 5e éd., Paris, J.J. Smits, 1798, « officier », en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k50405t>>, (consulté le 16 juillet 2017).

73. É. LITTRÉ, préc., note 34, t. 3, p. 807-808, en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5460034d/f816.image>> (consulté le 29 juin 2017).

désigne aussi le titulaire d'un grade dans un ordre honorifique (1704), « Officier de la Légion d'honneur » par exemple, ou bien, au Canada, « officier de l'Ordre du Canada » (1967) et, au Québec, « grand officier » ou « officier de l'Ordre national du Québec », selon la *Loi sur l'Ordre national du Québec* de 1984⁷⁴. Dans son sens juridico-administratif original, il désignait le titulaire d'un office, d'une charge judiciaire (héréditaire ou achetée) ou d'une charge militaire, par exemple celle des « officiers supérieurs ». De nos jours, « officier » est jugé vieilli dans certaines expressions (p. ex. « officier municipal », « officier de justice », « officier de la Couronne »), mais toujours en usage dans d'autres, tels « officier de l'état civil » (personne chargée par la loi de tenir les registres de l'état-civil) et « officier de police ».

Littre reconnaît dix acceptions à ce mot, décidément polysémique⁷⁵. C'est sans doute une des raisons pour lesquelles on emploie aussi mal à propos le vocable « officier », en particulier dans le sens de l'anglais *officer*, qui est un terme générique désignant tout titulaire d'une fonction de responsabilité dans une organisation. L'exemple suivant en fait foi :

La vie municipale se veut transparente et dédiée à la recherche du bien commun. **L'officier municipal** chargé de fonctions administratives œuvre donc dans un univers totalement différent de celui de l'entreprise privée, vouée à la recherche de ses intérêts propres et à ceux de ses membres.⁷⁶

Au lieu d'avoir recours au terme « officier », on pourrait dire ici « fonctionnaire (municipal) », « magistrat (municipal) », voire « édile (municipal) » pour une grande ville, terme qui se situe à un niveau de langue relevé, voire quasi littéraire. Du bon côté des

74. RLRQ, c. O-7.01, art. 2.

75. É. LITTRÉ, préc., note 34, t. 3, p. 807-808, en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5460034d/f816.image>> (consulté le 29 juin 2017).

76. *Roy c. Lévis* (Ville de), 2011 QCCQ 3184, par. 103.

choses, l'article 232 du *Code de procédure civile*, où il est question d'« **officier judiciaire** », emploie ce terme à bon escient parce qu'il s'agit « du titulaire d'une charge dans l'administration d'un État » et non d'une municipalité, nous informe l'OQLF : « Une partie peut demander que soit déclaré faux ou inexact le procès-verbal d'un shérif, d'un huissier ou autre **officier judiciaire**, de même que celui de toute personne autorisée à faire un rapport de signification »⁷⁷.

Dans la langue administrative, « officier » est un terme vieilli que l'on ne trouve plus que dans quelques expressions figées à propos d'une personne occupant une charge publique, un office⁷⁸. En droit judiciaire, par exemple, on désigne par là « soit l'huissier de justice, soit le shérif », selon le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* d'Hubert Reid⁷⁹. Mais lorsque l'on emploie « officier » pour désigner une personne exerçant des fonctions administratives au sein d'un organisme (entreprise, association, personne morale) qui n'appartient pas au domaine public, c'est-à-dire à l'État, il s'agit alors d'un archaïsme doublé d'un anglicisme qui s'est maintenu au contact de l'anglais au Canada. Dans ces cas-là, le français dispose, selon la fonction occupée, des termes « administrateur », « dirigeant », « responsable », « directeur », « agent », etc. Il convient de noter que, dans les lois fédérales révisées, qui suivent pourtant la tradition de la *common law*, le terme *officer* est généralement

77. Office québécois de la langue française, « Officier (Anglicismes sémantiques) », *Banque de dépannage linguistique*, préc., note 62. En France, toutefois, on trouve encore parfois le terme « officier municipal », employé autrefois mais qualifié dans les dictionnaires de vieilli, voire d'archaïsme. À ce sujet, on emploiera plutôt le terme « magistrat municipal » ou « fonctionnaire municipal ».

78. Gouvernement du Canada, *TERMIUM Plus* - La banque de données terminologiques et linguistiques du gouvernement du Canada, « officier », en ligne : <http://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2alpha/alpha-fra.html?lang=fra&i=1&srchtxt=officier&index=alt&codom2nd_wet=1> (consulté le 29 juin 2017) (ci-après « TERMIUM »).

79. Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, « officier », en ligne : <<https://dictionnaireid.caij.qc.ca/recherche#t=edictionnaire&sort=relevancy>> (consulté le 29 juin 2017) (ci-après : « *Dictionnaire de droit québécois et canadien* »).

rendu par son équivalent naturel « dirigeant »⁸⁰ et *director* l'est par « administrateur »⁸¹, à l'instar du *Code civil du Québec* (articles 321 et suiv.). De même, le législateur québécois a remplacé partout dans la *Loi sur les compagnies* le terme « officiers » par « dirigeants », comme le montre l'article 77.1.1: « Le règlement peut prévoir que les pouvoirs mentionnés au paragraphe 1 sont exercés, dans la mesure qu'il indique, par un ou plusieurs administrateurs ou *dirigeants* désignés par les administrateurs ou par le règlement. »⁸²

On conclura de cette analyse qu'aucune raison ne justifie de continuer à employer le mot « officier » dans les sens critiquables (archaïsme ou anglicisme) présentés. Et cela d'autant plus que ces emplois sont condamnés par les autorités et organismes linguistiques canadiens. Le *Lexique des lois et règlements de l'Ontario*⁸³, pour rendre *officer* en français, ne donne « officier » comme équivalent que dans les cas d'« officier de justice » et d'« Ombudsman », les nombreuses autres occurrences, une trentaine, étant selon le cas : « agent », « dirigeant », « fonctionnaire », « membre » (d'un conseil, d'une organisation), « représentant ». Le *Dictionnaire de droit privé* (DDP)⁸⁴ ne donne que ce terme; ensuite, le *Multidictionnaire de la langue française*⁸⁵, l'OQLF⁸⁶ et la banque de données terminologiques et linguistiques

80. Voir, par exemple, l'art. 100 du *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2.

81. Voir les articles 149 (2) a) du *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2 (« *director* ») et 149 (2) du *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2 (« administrateur »).

82. *Loi sur les compagnies*, RLRQ, c. C-38, art. 77.1.1 (nos italiques).

83. *Lexique des lois et règlements de l'Ontario*, « officer », en ligne : <http://www.ctdj.ca/index.cfm?Voi=sections&Id=11396&M=3096&Repeertoire_No=2137989513> (consulté le 15 mars 2017).

84. Paul-André CRÉPEAU (dir.) / Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991. Le DDP est aussi disponible dans Centre PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaires de droit privé en ligne* : <<https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp>>.

85. Marie-Éva DE VILLERS, *Le Multidictionnaire de la langue française*, 6^e éd., Montréal, Québec Amérique, 2015, p. 1230.

86. Office Québécois de la langue française, préc., note 78, « officier ».

TERMIUM donnent le ton en ne recommandant pas l'emploi du terme « officier », mais celui des termes précités.

Les choses se compliquent lorsque la difficulté linguistique que présente un terme ou une expression se double d'un obstacle juridique. Il s'agit alors de trouver une solution satisfaisante sur le double plan de la langue et du droit.

2. Difficultés d'ordre juridique

Dans cette catégorie le nombre des termes en cause est également important, mais dans une moindre mesure que dans le premier cas. Parmi plusieurs autres, on connaît le sort qui a été réservé au terme lourdement connoté qu'est « corporation », qui a fait couler, lui aussi, beaucoup d'encre et provoqué débats et controverses depuis son apparition dans le *Code civil du Bas Canada*, jusqu'à sa disparition du *Code civil du Québec*. Un autre terme, et non le moindre, « recours », souvent employé mal à propos⁸⁷, a disparu du *Code de procédure civile* le 1^{er} janvier 2016, au profit du terme que le législateur a retenu : « **action** » (collective), dans le Titre III *Les règles particulières à l'action collective*⁸⁸.

Restons-en là et prenons comme exemple le terme « adjudication », parce qu'il fait courir un plus grand risque de méprise que d'autres termes plus clairement impropres. Ce substantif et son verbe « adjuger » font partie du vocabulaire de la procédure civile. Ils apparaissent parfois dans nos codes, lois et jugements, mais pas au sens qu'ils doivent porter. C'est le cas d'« adjudication » tout particulièrement, qui figurait encore, il y a quelques mois, à l'article 988 de l'ancien *Code de procédure civile*⁸⁹, au sens qui lui est reproché :

Si le juge accueille la demande en rétractation, il ordonne la suspension de l'exécution forcée jusqu'à nouvelle

87. Voir ce terme sous l'entrée « action collective » dans J.-C. GÉMAR et VO HO-THUY, préc., note 56, p. 32 et suiv.

88. *Code de procédure civile*, art. 571 et suiv.

89. RLRQ, c. C-25.

adjudication et il enjoint au greffier de convoquer les parties pour qu'il soit procédé à une nouvelle audition comme si le jugement n'avait pas été rendu.

Sous l'influence de son homonyme anglais *adjudication*, ce terme peut revêtir une signification qu'il n'a pas en français, ainsi qu'en pensent plusieurs observateurs, langagiers et organismes⁹⁰. De là, l'accusation d'anglicisme qui lui est infligée : « [É]viter l'anglicisme *adjudication* au sens de 'décision de justice' »⁹¹.

Or, en anglais, le terme *adjudication* désigne, selon le *Black's Law Dictionary*, la décision rendue par un tribunal : « The giving or pronouncing a judgment or decree in a cause; also the judgment given »⁹². En français, en revanche, « adjudication » et son verbe, « adjuger », s'emploient dans le domaine de la vente aux enchères pour désigner l'acte par lequel un bien est attribué à celui qui a fait l'enchère la plus élevée⁹³. Par extension, le mot désigne également l'ensemble des formalités d'une vente aux enchères.

Est-ce qu'il en a toujours été ainsi ? L'étymologie du terme « adjudication » et son évolution nous en disent plus long sur la valeur de ce vocable. Les philologues et linguistes nous apprennent

90. Dont la Commission de terminologie juridique du Québec et le ministère de la Justice du Québec – Termes juridiques. À ce sujet, voir : MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Centre de documentation - Glossaire*, « Jugement », en ligne : <<https://www.justice.gouv.qc.ca/centre-de-documentation/glossaire/>> (consulté le 5 juillet 2017); Office québécois de la langue française, *Le grand dictionnaire terminologique*, 2001, « Adjudication », en ligne :

<http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=1198694> (consulté le 5 juillet 2017); Centre PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaires de droit privé en ligne*, « adjudication », en ligne : <<https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary/search>> (consulté le 5 juillet 2017).

91. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 92, « jugement ».

92. Henry Campbell BLACK, *Black's Law Dictionary*, 2e éd., *The Law Dictionary* and *Black's Law Dictionary Free*, « adjudication », en ligne : <<http://thelawdictionary.org/adjudication/>> (consulté le 5 juillet 2017).

93. *Code civil du Québec*, art. 1757 et 1762.

que le verbe « adjuger », apparu en 1173, vient du latin *adjudicare*, de *ad* et *judicare* : « dire le droit, juger, condamner » (*Robert, Trésor*) et « rendre un jugement, prononcer un arrêt », selon le Dictionnaire latin-français de Gaffiot⁹⁴. À l'origine, en ancien français, il avait deux significations : attribuer à qui de droit et, dans une vente, attribuer au plus offrant. Le substantif « adjudication » dérive du verbe et n'est apparu qu'au XIV^e siècle, avec cette valeur : « Acte par lequel on adjuge une chose ». En moyen français, une seconde signification est avancée, où l'on voit déjà l'esquisse du sens que ce vocable a conservé jusqu'à nos jours : « Acte par lequel un officier public met aux enchères et attribue au plus offrant un bien vendu par autorité de justice ».

À l'époque classique toutefois, l'Académie française lui attribue, dans son dictionnaire, une seule signification : « Acte de vive voix, ou par escrit, par lequel on adjuge »⁹⁵. *Le Dictionnaire universel* de Furetière, qui précède celui de l'Académie française, ne reconnaît également qu'une signification à « adjudication » : « Delivrance qu'on fait à un dernier encherisseur de quelque chose qui se publie ou se vend en justice [...] »⁹⁶. Littré fait de même⁹⁷. La valeur de « jugement » a disparu des dictionnaires.

En français moderne, on constate la même chose dans les principaux dictionnaires de référence actuels (*Dictionnaire de l'Académie française*, *Larousse*, *Robert*, *Trésor*). Dans le *Robert*, par exemple : « (Droit civil). Déclaration par laquelle le juge ou officier public attribue au plus offrant un bien mis aux enchères. »

94. Félix GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français*, Paris, Hachette, 1934, « adjuger », en ligne : <<http://www.lexilogos.com/latin/gaffiot.php?q>> (consulté le 17 mars 2017).

95. Académie française, *Le Dictionnaire de l'Académie Française, dédié au Roy*, t. 1 (A-L), 1^{re} éd., Paris, Veuve de Jean-Baptiste Coignard, 1694, « juger », en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k503971>> (consulté le 5 juillet 2017).

96. A. FURETIÈRE, préc., note 71, « adjudication », en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k50614b/f42.image>> (consulté le 5 juillet 2017).

97. É. LITTRÉ, préc., note 34, t. 1, p. 52, en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5406710m/f121>> (consulté le 16 juillet 2017).

Les dictionnaires de droit ne disent pas autre chose. Le DDP de 1991, sous l'entrée « adjudication », définit ce terme ainsi : « Attribution d'un bien à la suite d'une mise aux enchères. » Reid fait de même dans son *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, ainsi que Cornu, mais les auteurs du DDP ajoutent cette remarque : « Dans le langage courant, le terme *adjudication* est parfois utilisé pour décrire la prise de décision arbitrale, administrative ou judiciaire, bien que l'on puisse y voir un anglicisme. » Il faudrait donc utiliser ce terme avec circonspection et employer plutôt : « jugement », « décision » ou « rendre une décision (un jugement) », selon le contexte.

Au terme « adjudication » correspondent le verbe *to adjudicate* et son synonyme *to adjudge*. Mais l'anglais, contrairement au français dont il procède⁹⁸, gardera le sens primitif de la racine latine (*ad-judicare* : attribuer, juger) dans le verbe et le substantif. Les équivalents français ne manquent pourtant pas : « se prononcer, juger, statuer, trancher »⁹⁹. Quant au verbe « adjuger », selon le *Robert*, il s'emploie au sens d'« attribuer par un jugement en faveur d'une partie », d'où l'expression « adjuger les dépens » : « Il n'y a donc pas lieu d'adjuger les dépens contre les procureurs personnellement. »¹⁰⁰

S'il est correct d'employer « adjuger » dans ce sens, on peut également dire « accorder, attribuer, allouer les/des dépens, statuer sur les dépens, etc. ». De même, on peut employer le substantif « adjudication » avec dépens, comme le montre le *Juridictionnaire* :

98. Voir : *Merriam-Webster.com Dictionary*, « adjudication », en ligne : <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/adjudication>> (consulté le 16 juillet 2017) : « French or Late Latin; French, from Late Latin *adjudicatio*, from Latin *adjudicare*. » L'*Oxford Dictionary* ajoute cette remarque : « The noun *adjudication* (as a Scots legal term) dates from the early 17th century. » Voir : *Oxford Dictionaries*, préc., note 68, « adjudication », en ligne : <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/adjudication>> (consulté le 16 juillet 2017).

99. Voir, par ex., les articles 9 et 10 du *Code de procédure civile*, préc., note 61.

100. *Jams Investments (Québec) Inc. c. Seltzer*, 2010 QCCS 5728, par. 22.

« On appelle *adjudication des dépens* l'acte consistant pour le tribunal à *adjuger les dépens*, à *les allouer*, à *les accorder*, à *les attribuer* »¹⁰¹, mais on évitera cependant l'expression « adjudication sur les dépens » puisque le nom « adjudication » ne comporte pas de sens correspondant à cet emploi d'adjuger. En l'occurrence, le jugement prévoit l'attribution des dépens.

Quant à l'emploi d'« adjuger » dans le sens de « condamner », il s'agit d'un archaïsme. Jusqu'au XVI^e siècle, il signifiait surtout « juger, condamner », comme dans l'exemple que donne le *Trésor* (s.v. adjuger) : « Quant home fera pechié qui est a espeneir par mort, et il sera *ajugiez* a mort et penduz au gibet, sa charoigne ne sera pas longuement el fust. »¹⁰²

Par métonymie, le nom « adjudication » s'est vu attribuer la valeur du verbe, et il en reste des traces dans la langue courante. Dans le langage spécialisé, technique, qu'est celui du droit, en matière de procédure civile particulièrement, « adjudication » ne désigne que l'acte qu'énonce, dans le cadre de la « vente aux enchères », l'article 1762 du *Code civil du Québec* :

La vente aux enchères est parfaite par l'adjudication du bien, par l'encanteur, au dernier enchérisseur. L'inscription, au registre de l'encanteur, du nom de l'adjudicataire et de son enchère fait preuve de la vente, mais, à défaut d'inscription, la preuve testimoniale est admise.

Le cas du terme « adjudication » n'est qu'un exemple parmi beaucoup d'autres présentant une difficulté particulière sur le plan juridique. Or, chacun des termes que comprend la nomenclature

101. Jacques PICOTTE, *Juridictionnaire dans TERMIUM Plus*, Bureau de la traduction, Travaux publics et services gouvernementaux Canada, 2015, « dépens » en ligne : <<http://www.btb.termiumplus.gc.ca/juridisrch?lang=fra&srchtxt=d%E9pens&i=1&cur=1&nmbr=14&comencsrch.x=0&comencsrch.y=0>> (consulté le 18 mars 2017) (italiques dans l'original).

102. Nos italiques. Le *Trésor*, préc., note 63, indique la source suivante sous la rubrique « Étymologie » : « *Bible*, B. N., ms 899, f°83d ds GDF ».

du droit présente, à un degré plus ou moins élevé, une difficulté quelconque. Pensons, par exemple, au terme « **préjudice** ». Est-il synonyme de « **dommage** » ? La réponse ne va pas de soi, et encore moins lorsqu'il faut traduire, par exemple, l'anglais *damage(s)* en français. Le droit et la langue se chevauchent alors, compliquant davantage les choses.

3. Difficultés de nature juridique et linguistique

Celui ou celle qui ne suivrait pas avec rigueur les préceptes de « l'art de traduire », qui s'en tiendrait à l'apparence des mots, des termes, et non au sens du message juridique qu'ils véhiculent, s'exposerait à ne réaliser qu'imparfaitement l'équivalence juridique des messages, voire nullement. Ce risque est particulièrement grand lorsque les notions ne se recoupent pas exactement d'un système à l'autre comme dans le cas de termes tels que *consideration*, *crime*, ou *property*. La solution de facilité consiste à calquer le terme ou l'expression que contient le texte de départ : considération, crime, propriété. L'expression anglaise *terms and conditions* rendue en français par « termes et conditions » est un bon exemple de ce qu'il ne faudrait pas faire.

Sur le plan linguistique d'abord, outre l'anglicisme que représente « termes et conditions », nous avons affaire à une mauvaise traduction de *terms and conditions*. Contrairement à l'anglais, en français on double rarement un terme d'un synonyme, dans la langue générale comme dans la langue juridique. Il y a donc un mot de trop dans l'expression « termes et conditions ». Ce mot est « termes » car, dans l'expression anglaise, *term* n'a pas le sens de « mot », « vocable », mais bien de « condition », même si celle-ci est d'une autre sorte que celle que porte le vocable *conditions*. En français, « terme », qui possède de nombreuses acceptions (17 chez Littré, 24 dans le Trésor!), n'a pas le sens général ou spécialisé de « condition », et encore moins dans le domaine du droit. Deux raisons pour que cette traduction, ce pseudo-équivalent, soit irrecevable.

Ensuite, sur le plan juridique, le Canada est doté de deux systèmes de droit qui ne traitent pas les obligations contractuelles de la même manière. Au Québec, en droit civil des obligations, la notion que porte la condition n'est pas identique à celle de la *common law*, où une *condition* est, selon l'*Oxford Dictionary of Law*, « *a major term of a contract* », alors que *term* désigne « *any provision forming part of a contract* », dont l'importance est moindre : « *a term of minor importance* »¹⁰³. Le souci de la précision et la quête de l'exhaustivité caractérisant la *common law* ont porté les *common lawyers* à jumeler les deux sortes de conditions : *terms* et *conditions*, couvrant ainsi le champ potentiel de l'obligation contractuelle : « *Forming integral parts of a contract or agreement* »¹⁰⁴. L'habitude s'est installée dans la langue anglaise, avec ses « *doublets and triplets* » : *act and deed; cancel, annul, and set aside; modify and amend; nullify and void; ordered, adjudged, and decreed; will and testament* et autres, qui en trahissent le métissage linguistique, voire la vanité de la chose, comme le soulignent Freedman et Garner :

The passion for bilingualism left English law with a tradition of double-barreled phrases – breaking and entering, fit and proper, free and clear – each created by combining English and French synonyms¹⁰⁵.

-
103. Jonathan LAW et Elizabeth A. MARTIN, *Dictionary of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, en ligne : <<http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199551248.001.0001/acref-9780199551248-e-778?rskey=D0aWw8&result=821>> (consulté le 25 juillet 2017).
104. H. C. BLACK, préc., note 94, « terms and conditions », en ligne : <<http://thelawdictionary.org/terms-and-conditions/>> (consulté le 16 juillet 2017).
105. Adam FREEDMAN, *The Party of the First Part. The Curious World of Legalese*, New York, Holt, 2007, en ligne : <<https://books.google.ca/books?id=hPktG5yIKMYC&pg=PT32&lpg=PT32&dq=The+passion+for+bilingualism+left+English+law+with+a+tradition+of+doublebarreled+phrases:+Adam+FREEDMAN&source=bl&ots=7drBzhT4gY&sig=r7Bb1TAWC7qiA83puqSN1MNjpDs&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiXkqqisFOAhUjJMAKHcf tCNkQ6AEIHjAA#v=onepage&q=The%20passion%20for%20bilingualism%20left%20English%20law%20with%20a%20tradition%20of%20doublebarreled%20phrases%3A%20Adam%20FREEDMAN&f=false>> (consulté le

En droit civil des obligations, la « condition » remplit à elle seule cette fonction sans qu'il soit besoin d'en remettre. Il est donc inutile de rajouter « termes » à « conditions », ce qui constitue en outre une aberration juridique. D'ailleurs, on ne trouve nulle part de référence à « terme » comme synonyme éventuel de « condition » et l'expression « termes et conditions » n'apparaît dans aucun ouvrage de référence¹⁰⁶. Dès lors, on comprend pourquoi les autorités linguistiques et juridiques canadiennes condamnent cet emploi, ou l'ignorent tout simplement. On pourrait multiplier les exemples, citer le tristement célèbre *jointly and solidarily*, souvent rendu par « conjointement et solidairement », ce qui fait injure à la responsabilité solidaire des débiteurs et que le Barreau du Québec qualifie de « formule aussi courante que vicieuse [...] dénuée de tout sens juridique »¹⁰⁷. Une autre étude envisageable pourrait porter sur la traduction de *trust* en français par « fiducie », au Québec et en France. Le droit, comme la langue, est souvent bafoué!

On comprend mieux, dans ces conditions, l'émoi des juristes et langagiers soucieux de la précision et de la propriété des mots et les efforts qu'ils ont consentis depuis des décennies pour améliorer et changer les choses. Leur œuvre est trop vaste pour être présentée en quelques phrases, résumée en quelques exemples, et leur nombre est bien plus important que les quelques noms cités dans cet article peuvent le laisser croire. Ils appartiennent, en réalité, à

18 mars 2017). Pour une meilleure compréhension du phénomène, voir Bryan A. GARNER, « Doublets and triplets of legal idiom », dans *A Dictionary of Modern Legal Usage*, New York - Oxford, Oxford University Press, 1987, p. 107-200. Garner conclut l'article par ces mots : « Is a shade of meaning supplied by the second or third synonym, or is it just so much deadwood? ».

106. Pourtant, cette expression pullule dans Internet. Un chercheur en signale 1 260 000 occurrences dans Google! Voir Benjamin HEYDEN, D'une culture de common law à une culture civiliste : la traduction des doubles juridiques anglais en français, Université de Liège, 2010, en ligne : <www.l3.ulg.ac.be/colloquetraduction2010/textes/heyden.doc> (consulté le 18 mars 2017).

107. Barreau du Québec, *Le langage clair : Un outil indispensable à l'avocat*, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/guide-langage-clair.pdf>> (consulté le 18 mars 2017).

tous les étages de la société, du plus humble – celui du simple traducteur, terminologue ou juriste travaillant à son compte ou pour une société, publique ou privée, la fonction publique, etc. – au plus prestigieux, soit au service de nos institutions que représentent les trois piliers ou pouvoirs caractérisant nos démocraties parlementaires : le législatif, l'exécutif (les gouvernements, fédéral et provinciaux) et le judiciaire (des tribunaux inférieurs à la Cour suprême).

On ne peut donc pas passer sous silence ce qu'ont accompli, au Canada et en matière de jurilinguistique, organismes, associations et groupes, dont les travaux et réalisations remarquables font honneur à cette discipline, même s'il est impossible de les citer tous dans le cadre d'un simple article.

IV. L'apport de la société canadienne à la jurilinguistique

En somme, c'est à l'ensemble de la société canadienne, chacun et chacune y apportant sa contribution, modeste ou majeure, que l'on doit les observations, remarques, réflexions et travaux dont les jurilinguistes d'aujourd'hui ont fait, dans la seconde moitié du XX^e siècle, la synthèse des connaissances et du savoir-faire accumulés au fil des siècles précédents. Synthèse bénéficiant des progrès fulgurants accomplis des deux côtés, en droit comme en linguistique. Ce corpus de connaissances s'est coulé aisément dans le moule d'une discipline correspondant au *Zeitgeist* (« l'esprit du temps ») d'une société tournée vers la communication, ses fins et ses moyens toujours plus poussés. Cette discipline est la jurilinguistique.

Les premiers balbutiements de la future jurilinguistique trouvent leur source dans la traduction, dès 1763, avec la Proclamation royale, rédigée en anglais et traduite en français. Elle s'est constituée peu à peu à partir de la traduction en français des textes juridiques anglais de l'époque, lieu de confrontation des langues et, déjà, des systèmes juridiques (*common law* et lois civiles). Les considérations politiques ou sociopolitiques du moment, notamment le Traité de Paris, ont joué un rôle dans la

prise de conscience, chez les Francophones, des aléas d'une « langue sans statut »¹⁰⁸. Toutefois, ce stade a été rapidement dépassé pour regrouper, quelque deux cents ans plus tard, sous l'étiquette de « jurilinguistique », une pléiade de thèmes et de sujets dont le langage du droit et les textes qu'il produit constituent le fondement¹⁰⁹.

Désormais, la présence matérielle de la jurilinguistique et les effets d'une activité langagière croissante se donnent à voir. Le terme « jurilinguistique » apparaît, en français – comme en anglais, d'ailleurs (*jurilinguistics*) –, dans l'une des grandes banques mondiales de données terminologiques et linguistiques, TERMIUM¹¹⁰, ainsi que dans de nombreuses publications, canadiennes pour la plupart¹¹¹.

Le rythme des activités langagières s'est accéléré au cours du dernier quart de siècle, parallèlement aux besoins croissants de la société, et des centres, groupes et instituts de jurilinguistique, ou équivalents¹¹², ont vu le jour. De nombreux jurilinguistes œuvrent au sein de ces différents organismes, au Canada notamment, dans le domaine public, auprès des différents gouvernements, offices,

108. Voir sur la question Denis VAUGEOIS, « Une langue sans statut » dans Michel PLOURDE (dir.), *Le français au Québec. 400 ans d'histoire et de vie*, Éditions FIDES et Publications du Québec, 2000, p. 59.

109. Voir la bibliographie établie par le CTTJ, préc., note 37, qui compte treize entrées, dont celle de la traduction juridique.

110. TERMIUM, qui veut dire « Terminologie Université de Montréal », a été créée en 1970 dans cette université sous le nom de « Banque de Terminologie de l'Université de Montréal » (BTUM) et rachetée en 1976 par le Secrétariat d'État du Canada. Voir sur cette question : René GAGNON, « Les grandes banques de terminologie », (1994) 39 *Meta* 498. Voir également : Gouvernement du Canada, *TERMIUM Plus - La banque de données terminologiques et linguistiques du gouvernement du Canada*, préc., note 79.

111. Voir la riche bibliographie du CTTJ et ses treize volets, préc., note 37.

112. Ces activités sont désignées sous des noms différents en Europe : linguistique juridique, juritraductologie, etc. Dans les institutions de l'Union européenne, on parle de « juristes-linguistes », et non de « jurilinguistes ».

commissions et conseils – soit l'Administration en général – comme dans la sphère privée : associations de juristes, barreaux, universités, entreprises, études et cabinets d'avocats, de juristes et de traducteurs¹¹³, etc. Ce sont encore ces derniers, les traducteurs, qui, assistés des terminologues, ont donné à la jurilinguistique ses lettres de noblesse en pratiquant leur activité langagière à des fins professionnelles, comme le montre l'histoire du Canada, État où la traduction, juridique en particulier, a tenu un rôle peu commun¹¹⁴.

Aussi la contribution des jurilinguistes à l'amélioration de la langue des textes juridiques et de la langue tout court repose-t-elle sur les trois piliers que sont :

- 1) l'action publique (les gouvernements, leurs institutions et organismes);
- 2) l'action des centres, groupes et instituts universitaires de recherche;
- 3) l'action de la « société civile » (entreprises, barreaux, groupes d'intérêts, médias, etc.).

113. Qui n'hésitent pas à mettre leur expertise au service du public, comme le montrent éloquentement les nombreux portails, adresses électroniques et sites qui y sont consacrés dans Internet. Voir, par ex. : Gouvernement du Canada, *Ressources du portail linguistique du Canada*, 2017, en ligne : <<http://www.noslangues-ourlanguages.gc.ca/index-fra.php>> (consulté le 5 juillet 2017); *La porte du droit*, en ligne : <www.laportedudroit.com> (consulté le 5 juillet 2017); Jurist, en ligne : <www.jurist.org> (consulté le 16 juillet 2017); *Law-links*, en ligne : <www.law-links.ch> (consulté le 25 juillet 2017); *Plain Language Association International*, en ligne : <www.plainlanguagenetwork.org> (consulté le 5 juillet 2017); *Tradulex*, <<http://www.tradulex.com/fr>> (consulté le 16 juillet 2017); *Centre International de Lisibilité*, en ligne : <www.lisibilite.net> (consulté le 5 juillet 2017).

114. Comme l'a souligné le traductologue Jean-Paul VINAY, à propos des traducteurs canadiens dont le « rôle dépasse [...] de très loin celui du traducteur européen ou américain [...] au Canada, ils sont responsables de l'évolution de la langue » : Jean-Paul Vinay, « La traduction, une profession », dans *La traduction, une profession*, Actes du VIII^e congrès mondial de la Fédération internationale des traducteurs (Montréal, 1977), Montréal, Conseil des traducteurs et interprètes du Canada, 1978, p. 22. Voir aussi S. SIMON, préc. note 45.

Nous allons voir cette action tripartite que la société canadienne a mise en œuvre au cours des quelque cinquante années écoulées et les résultats qu'elle a produits. Toutefois, devant l'immensité et la diversité de cette production, notre lectorat doit être averti qu'il est impossible de les couvrir ici dans leur intégralité et que les développements succincts qui suivent n'ont d'autre but que d'informer, d'entrouvrir quelques portes parmi tant d'autres, afin de sensibiliser les lecteurs à l'énorme production de la société canadienne dans ce domaine.

1. L'action publique

Les lacunes et faiblesses des écrits juridiques sans cesse dénoncées par les langagiers canadiens n'ont pas manqué de faire réfléchir les pouvoirs publics sur de meilleures façons de communiquer par écrit avec le public. L'action incessante des jurilinguistes a fini par porter fruit auprès du législateur. Aujourd'hui, de nombreux portails et sites se trouvent à la disposition de tous, où les intéressés (professionnels, sociétés, particuliers, public en général) peuvent aller voir de quelles façons résoudre telle difficulté textuelle ou linguistique ou rédiger, réviser, réécrire, voire comment traduire tel texte ou document¹¹⁵. Il n'est pas jusqu'à la dictionnaire, activité linguistique hautement spécialisée, qui n'ait retenu l'attention de tel groupe de terminologues/graphes ou de lexicologues/graphes, et même de groupes mixtes, composés de juristes et de linguistes, au Canada ou en Europe¹¹⁶.

Toutefois, quels que soient la bonne volonté, le désir de bien faire et d'avancer, les initiatives individuelles des uns et des autres,

115. Voir, notamment, le riche Portail linguistique du Canada et le glossaire du centre de documentation du ministère de la Justice du Québec : Gouvernement du Canada, préc., note 115 : Ministère de la Justice, préc., note 92.

116. Outre le *Dictionnaire de droit privé* et le *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, parmi d'autres, mentionnons Frédéric HOUBERT, *Dictionnaire de terminologie juridique - anglais-français*, Paris, La maison du dictionnaire, 2015; Marie CORNU, Isabelle de LAMBERTERIE et al., *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, Paris, CNRS, 2003.

s'ils ne sont pas étayés par une volonté politique affirmée, sont voués à l'échec. Que seraient devenus les projets, les idées et les propositions d'un Antoine Gérin-Lajoie, d'un Eugène-Philippe Dorion ou d'un Joseph-François Perrault et de tant d'autres après eux, s'ils n'avaient reçu l'approbation et le soutien d'un ou de plusieurs hommes politiques, voire du gouvernement de leur époque? Ils n'auraient sans doute pas abouti, ou auraient été retardés. Qui ignorerait le soutien apporté par Honoré Mercier au curé Labelle?

Pendant trois siècles, un nombre inquantifiable de mots, expressions et tournures recommandés, de critiques, conseils et suggestions sur les différentes façons de rédiger (ou de réviser, d'éditer) un texte administratif, juridique, voire commercial ou technique, se sont déversés, pêle-mêle souvent, dans l'immense entonnoir de la mémoire et des archives des générations précédentes. Un corpus synthétisant ces savoir-faire et expériences en est finalement sorti, dont chacun des multiples éléments constitutifs remplit une fonction particulière dans la société. Il s'ensuit que la plus grande partie des apports et réalisations produits en matière linguistique, au Canada comme dans d'autres pays bilingues ou multilingues tels la Belgique, la Suisse ou l'Afrique du Sud, provient de l'État et de ses institutions, soit du secteur public. Cela dit, sans pour autant sous-estimer le rôle que joue le secteur privé, qu'il s'agisse du monde de l'entreprise ou de la société civile¹¹⁷.

117. Cette dernière est entendue, ainsi que l'a définie l'Union européenne, comme regroupant « notamment les organisations syndicales et patronales (les « partenaires sociaux »), les organisations non gouvernementales (ONG), les associations professionnelles, les organisations caritatives, les organisations de base, les organisations qui impliquent les citoyens dans la vie locale et municipale, avec une contribution spécifique des Églises et communautés religieuses » : UNION EUROPÉENNE, *Gouvernance européenne. Un livre blanc*, Journal officiel n° 287 du 12/10/2001 p. 0001 – 0029, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:52001DC0428>> (consulté le 25 juillet 2017).

C'est donc à la volonté étatique que l'on doit, depuis le XIX^e siècle (1854), un début d'organisation de la traduction à l'Assemblée législative sous l'impulsion d'Antoine Gérin-Lajoie et de son projet de « réforme complète »¹¹⁸. Puis, de restructurations en réorganisations, est créé, en 1934, le Bureau des traductions, un des plus importants au monde, qui lance le mécanisme de normalisation du vocabulaire qu'utilise l'Administration fédérale et, finalement, la société canadienne dans son ensemble¹¹⁹. Ce mouvement atteint son apogée avec la création de TERMIUM¹²⁰, la première grande banque de terminologie, avec ses quelque quatre millions de termes en quatre langues (anglais, français, espagnol et portugais), ouvrant au public l'accès libre à une mine d'informations et de ressources linguistiques des plus complètes¹²¹. La terminologie juridique y occupe une place importante; elle est solidement étayée par des références à des auteurs et organismes réputés dans leur domaine. Aussi tout utilisateur le moins averti sait-il tout le profit que l'on peut tirer de la consultation de ce formidable outil multilingue d'information et de documentation sur les termes normalisés, recommandés ou en usage dans les nombreux secteurs d'activité de l'État canadien, et bien au-delà¹²². À lui seul, l'outil que constitue TERMIUM justifie les efforts et les moyens investis par les pouvoirs publics pour promouvoir la qualité et la normalisation linguistiques dans la communication au sein du Canada et de ses langues officielles.

118. J. GOUIN, préc., note 2, p. 30.

119. Il faut signaler ici l'action obscure mais déterminante des traducteurs, interprètes et terminologues du Bureau des traductions et, en particulier, l'immense travail de traduction-normalisation entrepris, entre autres, par un de ses directeurs : Hector CARBONNEAU, *Vocabulaire général anglais-français*, Ottawa, Secrétariat d'État, 1972.

120. GOUVERNEMENT DU CANADA, TERMIUM Plus- La banque de données terminologiques et linguistiques du gouvernement du Canada, préc., note 79.

121. Voir le Portail linguistique du Canada : Gouvernement du Canada, préc., note 115.

122. Un exemple simple convaincra : 1) chercher le mot « TERME »; puis, de là, 2) consulter le « Dossier complémentaire » qui l'accompagne.

Le Québec n'est pas en reste et a créé, en 1961, l'Office de la langue française, rebaptisé Office québécois de la langue française (OQLF) en 2002. On lui doit le *Grand dictionnaire terminologique*¹²³, dont la vocation consiste à définir et recommander ou non des milliers de termes appartenant à divers domaines, dont celui du droit. L'OQLF a également lancé une *Banque de dépannage linguistique* mise au service du public et a créé un Répertoire des portails linguistiques mis à la disposition du public où l'on peut trouver divers glossaires, lexiques et capsules linguistiques consacrés au monde des affaires et à ses vocabulaires¹²⁴. À signaler également, la Société québécoise d'information juridique (SOQUIJ), créée en vertu d'une loi¹²⁵, et ses « chroniques linguistiques ». Ces précieux outils sont des plus utiles pour tout usager désireux de vérifier la traduction, la correction d'un terme ou d'enrichir son vocabulaire. Enfin, l'Assemblée nationale du Québec a créé une « Encyclopédie du parlementarisme québécois » qui offre à la consultation l'essentiel du vocabulaire du parlementarisme, de A (A.A.N.B., Abrogation, ...) à W (Whig, Whip), assorti d'une définition et parfois de commentaires appropriés¹²⁶.

Toutefois, l'apport le plus décisif de la jurilinguistique réside, à mon avis, dans le renversement radical de perspective opéré par le ministère de la Justice du Canada lorsque « l'accent [fut] d'entrée de jeu mis, non plus sur la traduction, mais sur la rédaction [des lois] », selon un des principaux acteurs de cette révolution,

123. Office québécois de la langue française, préc., note 92.

124. Voir : Office québécois de la langue française, *Répertoire des portails linguistiques*, 2011, en ligne : <https://www.oqlf.gouv.qc.ca/portails_linguistiques/index_portails.htm> (consulté le 24 mars 2017).

125. *Loi sur la Société québécoise d'information juridique*, RLRQ, c. S-20, art. 21. Voir : Société québécoise d'information juridique, « Encourir – Anglicisme », dans *Chroniques linguistiques*, en ligne : <<http://soquij.qc.ca>; <http://soquij.qc.ca/fr/ressources-pour-tous/chroniques-linguistiques>> (consulté le 24 mars 2017).

126. Voir : Assemblée nationale du Québec, *Encyclopédie du parlementarisme québécois*, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/patrimoine/lexique/index.html>> (consulté le 24 mars 2017).

Alexandre Covacs¹²⁷. Jusqu'alors, nous dit le juge Louis-Philippe Pigeon, les lois « étaient publiées dans les deux langues, mais la rédaction en était unilingue et la traduction servile. Il n'en est plus ainsi »¹²⁸. On était passé de la traduction des lois à leur rédaction, soit d'une « société traduite » depuis plus de deux cents ans, à une « société d'expression »¹²⁹. Cette nouvelle forme d'expression, avec les progrès de la communication qu'elle apportait dans son sillage, dépassant la seule province de Québec, bénéficiait à l'ensemble de la population francophone du Canada. Dorénavant, celle-ci disposait de textes législatifs d'une meilleure venue, plus lisibles et intelligibles qu'auparavant.

En pesant mes mots, je dirais qu'il s'agit là d'une révolution dans le mode de fonctionnement législatif d'un État, sur le plan linguistique tout au moins, mais hautement symbolique en ce sens qu'il place les deux langues officielles sur un même plan, là où l'esprit prime la lettre. Expression concrète des avancées de la jurilinguistique en la matière, un *Guide fédéral de jurilinguistique législative française* est mis à la disposition du public par le gouvernement du Canada¹³⁰. En outre, ce dernier a créé, par l'entremise du ministère de la Justice, une source d'information et de documentation fort utile, le PAJLO (Promotion de l'Accès à la Justice dans les deux Langues Officielles), qui a pour mission d'offrir au secteur de la justice canadien les outils et la documentation de jurilinguistique nécessaires au bon fonctionnement de ses institutions, mais également à un public

127. Alors directeur des Services linguistiques français à la Section de la législation du ministère de la Justice du Canada. Voir : Alexandre COVACS, préc., note 4, p. 86.

128. Louis-Philippe PIGEON, « La traduction juridique - L'équivalence fonctionnelle », dans J.-C. GÉMAR, préc., note 4, p. 273.

129. Sous-titre de l'étude de Jean-Claude GÉMAR, *Les trois états de la politique linguistique du Québec*, Québec, Dossiers du Conseil de la langue française, Études juridiques, n° 17, 1983.

130. Voir : Ministère de la justice du Canada, *Répertoire fédéral de jurilinguistique législative française (JLF)*, en ligne : <<http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/legis-redact/juril/toc-tdm.asp>> (consulté le 16 juillet 2017).

élargi, dont le monde universitaire de l'enseignement et de la recherche¹³¹.

Ce bond en avant, imputable aux jurilinguistes, procède clairement de la volonté politique de l'époque et des retombées de la *Loi sur les langues officielles* promulguée en 1969¹³². Parmi les autres initiatives gouvernementales, trop nombreuses pour être toutes nommées, il faut citer l'action menée par le Comité linguistique du ministère de la Justice du Québec, composé de juristes, linguistes et jurilinguistes, qui a fait sa marque pour un langage du droit allégé de ses nombreux anglicismes et impropriétés et recommandé de nombreux termes et expressions plus appropriés¹³³.

2. L'action des centres, instituts et groupes de recherche

Là encore, le nombre des acteurs engagés, au Canada, dans des actions, travaux et recherches de nature jurilinguistique est trop important pour espérer les nommer tous, en décrire l'activité et rendre un juste compte de leur apport. Aussi n'en retiendrai-je que deux aux fins de cette étude, parce qu'ils représentent ce que la recherche en jurilinguistique a produit de plus original, fructueux et pérenne au cours des quatre décennies écoulées. Le plus ancien, le Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec (CRDPCQ, aujourd'hui Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé), a été créé en 1975 par le Professeur Crépeau à la faculté de droit de l'Université McGill. Le CRDPCQ a produit une série de dictionnaires unilingues et bilingues de droit privé qui font autorité

131. Voir : Promotion de l'accès à la justice dans les deux langues officielles, *Centre de ressources*, Ministère de la justice du Canada, en ligne : <<http://www.pajlo.org/fr/ressources/index.htm> /> (consulté le 16 juillet 2017).

132. Commissariat aux langues officielles, *Pour mieux comprendre vos droits en matière de langues officielles*, Gouvernement du Canada, 2016, en ligne : <http://www.officiallanguages.gc.ca/fr/droits_linguistiques/loi> (consulté le 16 juillet 2017).

133. Voir : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Centre de documentation*, en ligne : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/generale/termes/comite.htm> (consulté le 25 juillet 2017).

au Québec, au Canada et ailleurs dans le monde comme ouvrages de référence en droit privé. Le second, créé quelques années plus tard (1979) par le Professeur Gérard Snow, est le Centre de traduction et de terminologie (CTTJ) de l'Université de Moncton, auquel on doit nombre de travaux et publications faisant également autorité dans le domaine de la jurilinguistique appliquée à la traduction de la common law en français.

C'est en 1981 qu'a été lancé, dans le cadre du CRDPCQ, le projet d'établir un dictionnaire de droit privé réunissant dans un même comité de rédaction une équipe de juristes et de linguistes, soit, véritablement, de « jurilinguistes ». Le premier dictionnaire est paru quatre ans plus tard, en 1985. Il compte quelque 2000 entrées sur les 10 000 termes du corpus projetés sur le long terme. L'accueil qui lui fut réservé découle de l'originalité du projet qui, selon les termes mêmes du maître d'œuvre, P.-A. Crépeau, résulte « de cette fructueuse collaboration entre juristes et linguistes »¹³⁴. Une deuxième édition, augmentée et portée à 4000 entrées, est parue en 1991, accompagnée de lexiques bilingues. Un des objectifs que visaient au départ les responsables de ce projet était que le dictionnaire de droit privé puisse être consulté « avec profit, tant pour connaître l'acception précise des termes juridiques que pour vérifier leur utilisation correcte ou trouver l'expression juste »¹³⁵. Cet objectif a été largement atteint pour la première édition (1985), et plus encore avec la deuxième (1991).

Avec ces dictionnaires et ses lexiques bilingues, le Centre Paul-André Crépeau a doté le Québec d'outils juridiques innovants par le choix audacieux, à l'époque, de réunir dans un même groupe de lexicographes un comité de rédaction composé de juristes et de

134. Paul-André CRÉPEAU, « Avant- propos », dans *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé, 1985, p. I.

135. *Id.*, p. II.

linguistes pour faire un dictionnaire de droit¹³⁶. Ces outils sont en outre inédits par le dessein de ces pionniers de faire œuvre normalisatrice en présentant à l'utilisateur les termes « discutables », les « emplois fautifs » à éviter, répondant ainsi « au souci de correction, de préservation et de normalisation de la langue juridique »¹³⁷.

Si le Québec s'est illustré dans le domaine jurilinguistique, d'autres provinces, le Nouveau-Brunswick en tête, n'ont pas tardé à suivre le mouvement. C'est ainsi que le Professeur Gérard Snow a créé, en 1979, le CTTJ à la Faculté de droit de l'Université de Moncton. L'objectif principal du Centre est d'« appuyer la mise en œuvre du bilinguisme juridique jusque dans les provinces et territoires canadiens de *common law* »¹³⁸. Le succès de cette entreprise fut tel et si rapide qu'elle fait aujourd'hui « autorité à l'échelle internationale en matière de *common law* en français »¹³⁹. On doit au CTTJ un nombre impressionnant de réalisations de nature jurilinguistique, à commencer par une bibliographie, copieuse autant que précieuse pour les chercheurs, consacrée à la jurilinguistique française et tenue à jour. Mais ce sont surtout les trois réalisations majeures que sont le *Juridictionnaire*, la banque terminologique de la common law JURITERM et le dictionnaire *La common law de A à Z* qui retiennent particulièrement l'attention.

Le *Juridictionnaire* est une véritable encyclopédie des difficultés et des ressources du français juridique réalisée par un jurilinguiste de haute volée, Jacques Picotte, pour le compte du

136. P.-A. Crépeau le souligne on ne peut plus clairement dans l'avant-propos : « Le *Dictionnaire de droit privé* a été conçu essentiellement comme une œuvre de collaboration entre juristes et linguistes. » Voir : *id.*

137. Paul-André CRÉPEAU (dir.) et Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, « Présentation du dictionnaire », dans *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. XXIII.

138. Voir, en général, Centre de TRADUCTION ET DE TERMINOLOGIE JURIDIQUE, *Aperçu général*, Université de Moncton, faculté de droit, en ligne : <http://www.cttj.ca/?page_id=6> (consulté le 8 juillet 2017).

139. *Id.*

CTTJ¹⁴⁰. C'est un outil indispensable pour toute personne œuvrant en terminologie, rédaction et en traduction juridiques qui y puisera explications, développements et commentaires très fouillés qui lui permettront de saisir détails et subtilités du langage du droit au long de ses méandres.

La banque terminologique Juriterm, quant à elle, est riche de quelque 18 000 entrées, d'accès facile¹⁴¹ et d'usage convivial pour qui cherche l'équivalent d'un terme de la *common law* anglaise en français, ou vice versa. Le vocabulaire français – faut-il le souligner? – est normalisé. On y trouve également des définitions extraites du dictionnaire de *La common law de A à Z*¹⁴². Ce dernier ouvrage est une somme encyclopédique, un « dictionnaire de l'essentiel » selon les auteurs, trois professeurs-chercheurs du CTTJ¹⁴³. Il est le résultat d'une trentaine d'années d'efforts et de travail colossal pour produire un corpus juridique français à partir de la *common law* afin que ce système, qui est traditionnellement enseigné en anglais, puisse l'être aussi en français, avec le souci de renforcer ainsi le bilinguisme canadien. Cette œuvre pionnière illustre brillamment la discipline que revendiquent ses auteurs : « Dans ce long parcours [...] il ne s'est plus agi de traduction, mais bien de jurilinguistique. »¹⁴⁴ En l'occurrence, la méthode jurilinguistique a servi aux auteurs à trouver quelque 3 800 termes correspondant au lexique équivalent de la *common law*. Ce n'est pas un accomplissement mineur. Il fait partie de la grande entreprise générale lancée dans les années 1970 par les différentes compo-

140. On peut le consulter, soit dans TERMIUM soit sur le site du CTTJ. Voir : J. PICOTTE, préc., note 103; Jacques Picotte, *Juridictionnaire*, Centre de traduction et de terminologie juridiques, Université de Moncton, faculté de droit, 2015, en ligne : <<http://www.cttj.ca/documents/juridictionnaire.pdf>> (consulté le 17 juillet 2017).

141. Voir : *Juriterm*, Centre de traduction et de terminologie juridique, Université de Moncton, faculté de droit, en ligne : <<http://www.juriterm.ca>> (consulté le 8 juillet 2017).

142. Jacques VANDERLINDEN, Gérard SNOW et Donald POIRIER, *La common law de A à Z*, Cowansville, Éditions Yvon Blais-Bruylant, 2010.

143. *Id.*, p. XVIII.

144. *Id.*, p. XX.

santes de la société civile du Canada, chacune s'ingéniant à faire progresser la communication écrite dans son domaine par divers moyens, dont celui d'une meilleure lisibilité des textes juridiques¹⁴⁵.

3. L'action de la « société civile »

« Société civile » est un terme commode qui, quoique porteur d'une notion floue, est utilisé ici pour désigner tout ce qui ne relève pas de l'activité de l'État, n'exerce pas de fonctions étatiques. Aux fins de cet article, ce terme englobe le monde des affaires, des médias et de la communication en général. C'est dire que ce secteur couvre un champ très large, qui va des actions d'ordre linguistique prises dans des entreprises telles Bell Canada, la Sun Life, etc., une société d'État telle Hydro-Québec, des médias tels la Société Radio-Canada (SRC, qui est une société de la Couronne) et la presse quotidienne (Le Devoir, La Presse, etc.), les syndicats, les barreaux (national et provinciaux), diverses associations prônant la qualité des communications en français, jusqu'aux initiatives « citoyennes », personnelles ou collectives. Cette énumération est loin d'être exhaustive, car il serait illusoire de penser pouvoir établir une liste, de rendre compte de tout ce que la société canadienne a produit à ce jour qui relèverait en tout ou en partie de la jurilinguistique. Je me bornerai donc à faire état de quelques actions remarquables de certains de ces agents de changement et de progrès de nature linguistique.

L'action des grandes sociétés et entreprises implantées en sol québécois doit être soulignée. Grâce à elles, de grands progrès ont été accomplis dans la terminologie technique et scientifique (Bell Canada), la rédaction professionnelle, scientifique et technique (Hydro-Québec) et dans la version française des contrats et polices d'assurance (Sun Life). Terminologie, rédaction et traduction, soit les trois piliers de la jurilinguistique. Les services linguistiques des grandes entreprises œuvrant dans ces trois domaines ont produit

145. Voir Nicole FERNBACH, « Le mouvement pour la simplification des communications officielles », dans Jean-Claude GÉMAR et Nicolas KASIRER (dir.), *Jurilinguistique : entre langues et droits*, Montréal, Éditions Thémis; Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 161-177.

de nombreux glossaires, lexiques, vocabulaires et dictionnaires comportant aussi des termes juridiques et administratifs, généraux ou spécialisés, dont l'intérêt et la portée dépassent souvent le seul cadre de l'entreprise. Ces faits sont généralement passés inaperçus chez la plupart des gens, mais ils sont bien connus des langagiers¹⁴⁶.

Une institution culturelle comme Radio-Canada ne saurait non plus être négligée. Depuis sa création, en 1936, Radio Canada joue un rôle linguistique éminent auprès des Canadiens¹⁴⁷. Les conseillers linguistiques qui s'y sont succédé depuis les débuts ont produit, de concert avec les Comités de terminologie successifs, de nombreux conseils, lexiques et recommandations, dont un nombre appréciable de termes relèvent du domaine juridique¹⁴⁸. À quoi s'ajoutent les très nombreuses et influentes chroniques linguistiques dans la presse québécoise dont la fonction normalisatrice n'est pas négligeable, elle non plus¹⁴⁹.

Restent les groupes, associations et personnes qui œuvrent aussi pour promouvoir la qualité de la langue dans toutes les strates de la société : barreaux, associations et professions diverses

146. Voir sur la question l'ouvrage de référence : Jean DELISLE, *La terminologie au Canada. Histoire d'une profession*, Montréal, Linguatex, 2008.

147. Voir : ICI Radio-Canada, *La qualité du français à Radio-Canada – Principes directeurs*, en ligne : <http://ici.radio-canada.ca/television/politique_linguistique/politique-linguistique.pdf> (consulté le 8 juillet 2017).

148. Voir, entre autres : « Au plaisir des mots », chronique de Robert DUBUC, ancien directeur des Services linguistiques de Radio-Canada et considéré comme « le père de la terminologie au Québec » : *Au plaisir des mots*, dans *Boîte à outil*, Centre de communication écrite, Université de Montréal, en ligne : <<http://www.cce.umontreal.ca/lireconsulter/plaisirdesmots.htm>> (consulté le 8 juillet 2017).

149. Voir : Melanie WALBURGER, Julia LORINSER et Johanna KIRCHHOFFER, « Les chroniques de langage dans la presse québécoise », Université de Augsbourg, en ligne : <https://www.philhist.uni-augsburg.de/lehrstuehle/romanistik/sprachwissenschaft/projektseminare/sprachideologien_und_ihre_medialisierung_in_der_romanischen_presse/studentenarbeiten-ilpe/Ausarbeitung_Quebec.pdf> (consulté le 8 avril 2017).

(dont l'Ordre des traducteurs, terminologues et interprètes agréés – OTTIAQ)¹⁵⁰, syndicats, ONG, citoyens, etc. Là encore, on se doute que leur nombre est bien trop important pour les mentionner tous. Les différents barreaux du Canada, par exemple, dispensent des cours de formation continue où les membres suivent l'évolution du droit mais également de son langage, qui évolue au fil du temps et des réformes législatives; ils offrent aussi divers outils aux praticiens pour les aider dans leur travail. Il en est un que le Barreau du Québec a préparé sous la forme d'un guide portant sur la communication orale ou écrite avec les clients en « langage clair »¹⁵¹. De même, l'Association professionnelle des notaires du Québec met à la disposition du public un site Internet où l'on trouvera, entre autres, un titre « Termes juridiques » renvoyant à diverses sources d'information sur le sujet : dictionnaire (droit privé), locutions latines et expressions juridiques, termes juridiques, etc.¹⁵². Dans ces deux cas, la jurilinguistique est au cœur des préoccupations de ces organismes.

On s'étonnera peut-être de trouver dans cette catégorie un syndicat, la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec (FTQ). Or, cette dernière a pourtant beaucoup fait pour l'usage d'une langue française précise et de qualité sur les lieux de travail. Le bulletin *Travailler en français* qu'elle publie (l'abonnement est gratuit) comprend une rubrique linguistique, « N'ayons pas peur des mots », portant sur un ou plusieurs termes, juridiques souvent, présentant une difficulté quelconque¹⁵³. La Confédération des

150. L'OTTIAQ met à la disposition du public un répertoire regroupant un large éventail de services linguistiques, d'entreprises et d'organismes au Canada : Ordre des traducteurs, terminologues et interprètes agréés du Québec, *Répertoire des services linguistiques d'entreprises et d'organismes*, 2013, en ligne : <http://www.ottiaq.org/gestion/upload/publications/services_linguistiques_2013.pdf> (consulté le 8 avril 2017).

151. Barreau du Québec, préc., note 109.

152. Voir : Association professionnelle des notaires du Québec, *Sites utiles*, en ligne : <<http://apnq.qc.ca/sites-internet-utiles>> (consulté le 8 avril 2017).

153. Voir p. ex. : Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec, « N'ayons pas peur des mots – Probation », dans *Travailler en français*, vol.

syndicats nationaux (CSN) n'est pas la dernière sur ce plan; elle a longtemps publié – jusqu'en 2005 – un bulletin, *La force des mots*, qui traitait essentiellement des questions de langue, de mots, termes et expressions visant l'amélioration de la qualité de la langue chez les travailleurs, tant sur les lieux de travail que dans leur quotidien¹⁵⁴.

Enfin, les initiatives citoyennes ayant pour objectif la qualité de la langue dans l'espace public sont également présentes au Canada. Au Québec, par exemple, l'Association pour le soutien et l'usage de la langue française (ASULF), fondée en 1986 par le juge Robert Auclair (avec d'autres, dont le jurilinguiste Michel Sparer) a pour objectif de sensibiliser les organismes publics à l'utilisation d'une langue de qualité. Elle a beaucoup œuvré dans le domaine des conventions collectives, si important par l'impact qu'il a sur le monde du travail, ainsi que sur ses terminologies spécialisées, et compte nombre de succès à son actif auprès des médias, des municipalités, administrations et pouvoirs publics¹⁵⁵. Une bonne part de ces interventions touchent au langage du droit et sont le fait de juristes et de linguistes accomplis, dont certains sont des jurilinguistes.

Des trois catégories d'actions, c'est la première, celle de l'État fédéral, qui s'est révélée la plus importante et déterminante pour introduire les changements nécessaires dans l'expression de ses lois, soit au sommet de la hiérarchie des normes juridiques d'un État démocratique comme le Canada. La nébuleuse historique composée d'une multitude de recommandations, critiques,

34, Automne 2013, « probation », p. 11, en ligne : <<http://ftq.qc.ca/wp-content/uploads/ftqimport/9031.pdf>> (consulté le 8 avril 2017).

154. Voir un numéro symbolique, le n° 15, avril 2005, consacré au « Défi du français », avec, entre autres auteurs, le sociologue Guy ROCHER : <http://tempserv.csn.info/c/document_library/get_file?uuid=ccbe849c-bf95-4d78-9eb1-64729c02a66b&groupId=13943> (consulté le 26 juillet 2017).

155. L'ASULF publie aussi un bulletin *L'Expression juste*, qui contient des articles sur des expressions et des termes. Voir : Association pour l'usage et le soutien de la langue française, *L'Expression juste*, en ligne : <<http://asulf.ca/lexpression-juste/>> (consulté le 8 avril 2017).

commentaires et doctrines portant sur des mots, expressions, tournures et formulations critiquables ou perfectibles, a peu à peu pris forme et sens. Elle s'incarne concrètement dans la façon de voir et de traiter la langue, orale et écrite, comme un moyen de communication réformable, perfectible, et non plus comme une stèle aux caractères sacrés ancrés dans la pierre.

C'est ainsi que le Canada présente un cas particulier où il est désormais fréquent sinon normal que le terme s'efface, au détriment de la lettre et au profit d'un texte législatif conçu dans l'esprit de la langue et de la culture d'arrivée. L'exemple ci-dessous, caractéristique de ce changement, présente un texte bilingue (anglais et français) produit dans cet esprit, soit non plus traduit mais corédigé¹⁵⁶. Il s'agit de l'article 7 de la *Loi d'interprétation*¹⁵⁷ :

<p><i>Where an enactment is not in force and it contains provisions conferring power to make regulations or do any other thing, that power may, for the purpose of making the enactment effective on its commencement, be exercised at any time before its commencement, but a regulation so made or a thing so done has no effect until the commencement of the enactment, except in so far as may be necessary to make the enactment effective on its commencement.</i></p>	<p>Le pouvoir d'agir, notamment de prendre un règlement, peut s'exercer avant l'entrée en vigueur du texte habilitant; dans l'intervalle, il n'est toutefois opérant que dans la mesure nécessaire pour permettre au texte de produire ses effets dès l'entrée en vigueur.</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

156. L'idée de corédiger des textes de loi ou de les rédiger « en parallèle » ne date pas d'aujourd'hui. On en trouve la trace peu après la conquête, sous le régime provisoire (1760-1764), lorsque les premiers traducteurs eurent à rendre les proclamations en français, cela se faisait souvent « en parallèle ». Voir sur la question P. HORGUELIN, préc., note 38, p. 19.

157. L.R.C. (1985), c.I-21.

Les langues sont des entités vivantes, des mots nouveaux y naissent, d'autres « meurent », en disparaissent. Le langage du droit n'échappe pas à cette règle. Au Canada, ces mouvements soulèvent parfois débats et controverses. Le terme « corporation », qui a fini, après des années de débats, par être remplacé dans les lois du Québec, en 1992, par « personne morale », en est l'exemple type; le terme « dommage » a cédé l'avant-poste à son rival : « préjudice »; le « recours collectif » fait place à l'« action collective »¹⁵⁸, etc. Le législateur fédéral a fait de même. En France, le terme pénal « inculpé/inculpation » a été remplacé, en 1993, par « mis en examen/mise en examen ». Plus récemment, l'Assemblée nationale française a adopté, le 12 juillet 2016, dans le cadre de la réforme modernisant la justice du XXI^e siècle (« J 21 »), un projet de loi introduisant un terme nouveau : « amende forfaitaire délictuelle »¹⁵⁹ pour sanctionner les délits routiers des conducteurs en défaut de permis de conduire ou d'assurance. Ce ne sont que quelques exemples parmi de très nombreux autres possibles qui montrent que, contrairement à ce que l'on pense, le langage du droit n'est pas figé, particulièrement celui de la *common law*, dont le système, historiquement, repose beaucoup moins sur la loi (droit civiliste) que sur la jurisprudence, plus souple et suivant de plus près l'évolution sociale.

V. Conclusions

Quelles conclusions peut-on tirer de l'épopée que les jurilinguistes ont vécue au cours des trois siècles écoulés ? Au terme d'une recherche, d'analyses et de réflexions qui se sont déroulées sur quelques décennies ponctuées d'étapes renforçant ma conviction, je distingue au moins trois conclusions principales.

158. Le législateur québécois, dans le nouveau *Code de procédure civile du Québec*, préc., note 61, a introduit le terme « action collective », utilisé dans le monde francophone, remplaçant ainsi le terme critiqué « recours » (collectif). Voir : Titre III - Les règles particulières à l'action collective, art. 571. En France, par exemple, c'est « action de groupe » qui est le terme le plus utilisé. Voir, sur cette question, J.-C. GÉMAR et VO HO-THUY, préc., note 56, sous « Action collective ».

159. En termes clairs : une amende civile...

La première tient à l'histoire au long cours. Comme disaient les Anciens, « Rome ne s'est pas faite en un jour ». La jurilinguistique non plus. Il faudrait remonter plus loin dans le temps qu'au régime militaire (1760-1763) imposé à la Nouvelle-France par la nation conquérante pour en trouver les racines – dans les Serments de Strasbourg (842), peut-être ? La jurilinguistique n'est que le dernier maillon d'une longue chaîne constituée de très nombreux chaînons. Des générations de pionniers les ont forgés avant qu'ils soient déversés dans le grand entonnoir de l'Histoire, d'où ils sont ressortis sous la forme d'une synthèse des acquis, connaissances et savoir-faire accumulés au fil du temps. Faute de quoi, ladite jurilinguistique n'aurait pas vu le jour sous cette forme : à partir de la traduction de textes juridiques entre les deux principales langues de communication de l'ère moderne.

La deuxième conclusion que l'on peut tirer de cette aventure des mots procède de la situation particulière (privilegiée?) qu'est la rencontre fortuite, puis le contact prolongé de l'anglais et du français sur un même territoire, avec les effets et conséquences que cela a entraînés sur les usages linguistiques de part et d'autre, dont les nombreux emprunts, calques, anglicismes et gallicismes tant décriés sont le fait marquant. L'ironie de l'Histoire a voulu que ces deux langues, déjà en contact avant même Hastings (1066) de part et d'autre de la Manche, voient se poursuivre leur rivalité millénaire dans la partie nord du Nouveau Monde. Ce contact des langues est à l'origine de la traduction des textes produits dans la langue dominante, l'anglais, vers la langue dominée, le français, avec son lot de problèmes et de difficultés dus à la singularité des langues¹⁶⁰. La résolution progressive de ces difficultés a fortement contribué à créer les conditions favorables à l'émergence d'une discipline fondée sur le couple droit et linguistique pour aborder, analyser, traiter et résoudre les difficultés d'ordre linguistique que pose le texte juridique en situation de traduction.

La troisième conclusion que l'on peut faire tient au rôle majeur que les institutions canadiennes ont joué dans cette

160. Voir : P. DAVIAULT, préc., note 38, 16.

aventure, mais sans négliger celui que la société civile, le secteur privé et nombre d'individus ont tenu et tiennent encore dans l'évolution et le développement de la jurilinguistique par les innombrables actions, individuelles et collectives, qu'ils ont menées depuis les tout débuts. À ce titre, on peut dire que c'est à la société canadienne dans son ensemble qu'il faut imputer ce cheminement singulier et la concrétisation de ce flot d'actions dans une discipline, la jurilinguistique, spécialité véritablement canadienne qui s'est répandue aux quatre coins du monde.

La persévérance, voire l'obstination, des jurilinguistes et autres langagiers ont conduit les législateurs à reconsidérer, par exemple, la présence de termes impropres dans les textes législatifs. S'ils n'ont pas encore totalement disparu de nos textes, leur présence s'y fait néanmoins plus rare et ils finiront peut-être par en disparaître un jour, à mesure que le processus de révision des lois et des règlements accomplira son œuvre. Mais il restera toujours un doute quant à l'interprétation à donner à un mot, un terme, une expression, parce que le sens est déterminé par le contexte¹⁶¹, non seulement des mots d'un texte, mais encore des circonstances et des faits qui l'ont produit, lesquels peuvent varier à l'infini¹⁶².

Aussi le choix actuel favorisant l'expression de l'esprit du texte et de la langue en jeu n'est-il que le résultat des progrès accomplis par la jurilinguistique dans les dernières décennies, mais également d'une prise de conscience des autorités canadiennes que

161. Principe sur lequel s'accordent la majorité des linguistes, dont les sémanticiens. Voir, par ex., Georges MOUNIN, dans *Clefs pour la sémantique* (Paris, Seghers, 1975) : « [U]ne unité lexicale n'a pas de sens par elle-même mais seulement dans un contexte » (p. 23). Le Larousse définit « CONTEXTE » ainsi : « Ensemble du texte à l'intérieur duquel se situe un élément d'un énoncé et dont il tire sa signification. »

162. Voir : Charlotte GAUVRY, « L'interprétation du sens des énoncés. Une lecture contextualiste » (2013) 13 *Methodos. Savoir et textes*. Voir aussi : Umberto ECO, *Les limites de l'interprétation*, Paris, Grasset, 1992; Jocelyn BENOIST, « Les limites de l'interprétation », dans le numéro spécial « *Wittgenstein et les questions du sens* » : Christiane CHAUVIRÉ (dir.), (2011) 20 *L'art du comprendre* 147, 149.

la langue, fût-elle juridique, n'échappe pas aux lois du langage. Elle doit refléter les valeurs, traditions et aspirations d'une société, exposées dans la vitrine que représentent ses codes, ses lois et règlements, ses décisions de justice et ses conventions. Ces valeurs passent par son histoire et, surtout, par sa volonté de transmission entre les générations. À défaut, le risque est grand d'y perdre son âme : « Une société qui ne transmet pas ou ne trouve pas le moyen de transmettre à l'autre génération est une société de l'éphémère et sans avenir. »¹⁶³ La jurilinguistique est la preuve que cette transmission peut s'effectuer, au Canada, entre les générations malgré les nombreux obstacles et difficultés rencontrés en chemin.

163. René DEROUIN, « Les jardins du précambrien », 43, n° 7, *Ski-se-dit*, vol. 43-7, Val-David, août 2016, p. 13, en ligne : <http://ski-se-dit.info/wp/wp-content/uploads/2016/08/skisedit-AOUT-2016_final_WEB.pdf> (consulté le 8 juillet 2017). R. Derouin est un artiste multidisciplinaire et le fondateur des Jardins du précambrien de Val-David.